



ESCUELA DE DOCTORADO
INTERNACIONAL DE LA USC

Ignacio
Varela Castro

Tesis doctoral

Riesgo en la compraventa,
cumplimiento e incumplimiento

Santiago de Compostela, 2023

Programa de doctorado en Derecho



TESIS DE DOCTORADO

**RIESGO EN LA COMPRAVENTA,
CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO**

IGNACIO VARELA CASTRO

**ESCUELA DE DOCTORADO INTERNACIONAL DE
LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2023

La presente tesis se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].

DECLARACIÓN DEL AUTOR DE LA TESIS

Riesgo en la compraventa, cumplimiento e incumplimiento

D. Ignacio Varela Castro

Presento mi tesis, siguiendo el procedimiento adecuado al Reglamento y declaro que:

- 1) La tesis abarca los resultados de la elaboración de mi trabajo.
- 2) De ser el caso, en la tesis se hace referencia a las colaboraciones que tuvo este trabajo.
- 3) Confirmando que la tesis no incurre en ningún tipo de plagio de otros autores ni de trabajos presentados por mí para la obtención de otros títulos.
- 4) La tesis es la versión definitiva presentada para su defensa y coincide la versión impresa con la presentada en formato electrónico.

Y me comprometo a presentar el Compromiso Documental de Supervisión en el caso que el original no esté depositado en la Escuela.

En Santiago de Compostela, a 20 de diciembre de 2022.

Fdo. Ignacio Varela Castro

AUTORIZACIÓN DE LA DIRECTORA DE LA TESIS

Riesgo en la compraventa, cumplimiento e incumplimiento

Dña. M.^a Paz García Rubio

INFORMA:

Que la presente tesis, se corresponde con el trabajo realizado por D. Ignacio Varela Castro, bajo mi dirección/tutorización, y autorizo su presentación, considerando que reúne los requisitos exigidos en el Reglamento de Estudios de Doctorado de la USC, y que como directora/tutora de esta no incurre en las causas de abstención establecidas en la Ley 40/2015.

En Santiago de Compostela, a 19 de diciembre de 2022.

Fdo. M.^a Paz García Rubio

Hace casi mil años, dijo un sabio que se aprenden más cosas en los bosques que en los libros. Y procedería aquí citarlo, pues esos momentos en los que uno ata cabos y de repente encuentra orden en las ideas, yo no los viví delante del escritorio, sino bajo sombras verdes, con tijeras de podar en mano y tierra en la cara.

Pero me guardo para mí la cita. Aquí solo quiero plasmar una dedicatoria y un agradecimiento.

Con emoción, dedico este trabajo a mi abuela Maruxa; ejemplo de altura y largueza.

Con alegría, agradezco a M.^a Paz su maestría y cuidado.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
RESUMEN	5
RÉSUMÉ	7
INTRODUCCIÓN	9
I. ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA.....	9
II. CUESTIONAMIENTO DE LA NECESIDAD DE NORMAS SOBRE TRANSMISIÓN DEL RIESGO.....	26
OBJETIVOS	43
METODOLOGÍA	43
PARTE PRIMERA. UN SISTEMA CON TRANSMISIÓN DEL RIESGO	47
CAPÍTULO 1. TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA	47
I. LECTURA DEL TENOR LITERAL DEL ART. 1452 CC A MODO DE INTRODUCCIÓN .	47
II. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DEL ART. 1452 CC	53
1. Transmisión del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato de compraventa.....	53
A) Fundamentos que no convencen: germen del recelo.....	65
B) Otros argumentos. En particular, el argumento a contrario del art. 1452.3 Cc	82
2. Atribución del riesgo al vendedor hasta la entrega de la cosa.....	96
3. Teoría de la perfección del contrato.....	107
A) Complejidad en torno al término perfección.....	108
B) De Cossío y Corral: el retraso de la entrega	117
C) Roca Sastre: una mirada al Código de comercio.....	130
D) Alonso Pérez: el llamamiento a la adquisición	139
III. INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS ARTS. 1452 CC Y 333 CCOM.....	151
1. Planteamiento y cuestiones previas.....	151
2. Armonización de los arts. 333 Ccom y 1452 Cc.....	164

A) Posible cristalización de la emptio perfecta en la puesta a disposición del art. 333 Ccom	164
B) Extrapolación de la puesta a disposición al art. 1452 Cc.....	174
C) Cooperación en la entrega	188
3. Especialidades creadas en torno a los arts. 331 y 333 Ccom.....	195
A) Descarte del enfoque de los civilistas.....	197
B) Crítica al enfoque de los mercantilistas	205
C) Alcance del art. 339 Ccom y remisión al art. 332 Ccom	215
4. Cohesión de los arts. 333 y 331 Ccom	229
IV. PUESTA A DISPOSICIÓN COMO CRITERIO PARA TRANSMITIR EL RIESGO ANTES DE LA ENTREGA	247
CAPÍTULO 2. TRANSMISIÓN DEL RIESGO VINCULADA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD	267
I. INTRODUCCIÓN.....	267
II. DERECHO FRANCÉS: TRANSFORMACIÓN DE <i>PERICULUM EST EMPTORIS</i> EN <i>RES PERIT DOMINO</i>	269
1. Transmisión de la propiedad <i>solo contractu</i>	274
2. Transmisión del riesgo paralela a la transmisión de la propiedad	289
A) Interpretaciones preteridas: la desvinculación de ambas cuestiones ...	292
B) Opción consolidada: la vinculación de ambas cuestiones	299
i) <i>Posible origen del cambio</i>	300
ii) <i>Reflexiones sobre el alcance del cambio</i>	313
III. DERECHO INGLÉS: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DEL CONTRATO.....	332
1. Transmisión del riesgo en el momento de la transmisión de la propiedad: desarrollo interno y posible influjo de la <i>emptio perfecta</i>	332
2. Reglas para averiguar la voluntad de las partes del contrato.....	344
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA DISCIPLINA DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO	361
I. INTRODUCCIÓN.....	361
II. COMPRAVENTA DE COSAS GENÉRICAS	362
1. Género, fungibilidad y pesar, contar o medir	362

2. Compraventa <i>ad mensuram</i>	371
A) Compraventa genérica y compraventa específica	371
B) Puesta a disposición del género.....	384
C) Ausencia o presencia del comprador en la puesta a disposición	391
D) Nota.....	403
3. Compraventa <i>per aversionem</i>	407
A) Compraventa específica	407
B) Confusión y solapamiento entre las compraventas <i>ad mensuram</i> y <i>per aversionem</i>	411
C) Particularidad en la configuración de las contraprestaciones	416
III. COMPRAVENTA CONDICIONAL.....	421
1. Compraventa sujeta a condición suspensiva	421
A) Pérdida	430
B) Deterioro	436
2. Compraventa sujeta a condición resolutoria	443
IV. COMPRAVENTA A ENSAYO O PRUEBA Y COMPRAVENTA <i>AD GUSTUM</i>	450
V. COMPRAVENTA ALTERNATIVA	466
VI. COMPRAVENTA DE COSA FUTURA.....	476
1. Un ejemplo de compraventa de cosechas de uva en Galicia	480
2. Ventas a ojo y al peso en las huertas valencianas	483
VII. COMPRAVENTA A TÉRMINO O PLAZO.....	488
PARTE SEGUNDA. UN SISTEMA SIN TRANSMISIÓN DEL RIESGO.....	499
CAPÍTULO 4. CUMPLIMIENTO	499
I. INTRODUCCIÓN	499
II. ENTREGA, RECEPCIÓN Y PAGO DEL PRECIO	506
1. Compraventa en la plaza del vendedor: compraventa con entrega directa	506
A) Aproximación	506
B) Puesta a disposición, recepción y pago del precio en la CVCIM.....	520
C) Puesta a disposición en la PMCC, el PCM y el CCCat.....	536

D) Falta de recepción e identificación de las mercaderías.....	551
E) Desaparición de la regla periculum est emptoris	562
2. Compraventa que implica transporte.....	565
A) Aproximación.....	565
B) Compraventa con entrega indirecta	579
i) Particular atención a la compraventa con expedición.....	579
ii) Puesta en poder del primer porteador	594
iii) Lugar de entrega.....	597
iv) Contrato de transporte	600
v) Puesta en poder del porteador, retención y entrega de documentos y pago del precio	616
vi) Incumplimiento del comprador e identificación de las mercaderías	643
C) Compraventa con entrega directa: compraventa con entrega en destino	655
i) Derecho de consumo	655
ii) CVCIM	671
iii) PAPDC y CCCat: dos planteamientos a evitar.....	683
3. Compraventa de mercaderías en poder de un tercero.....	690
4. Compraventa de mercaderías en tránsito.....	699
A) Aproximación a su singularidad y esbozo de un enfoque alternativo para su regulación	699
B) Descripción de un problema a evitar	709
III. CONFORMIDAD	726
IV. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD	749
V. ESBOZO ORIENTATIVO DE UNA PROPUESTA DE REFORMA.....	777
CAPÍTULO 5. INCUMPLIMIENTO	785
I. INTRODUCCIÓN.....	785
II. INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR.....	787
1. Remedios conocidos en torno al clásico régimen de la transmisión del riesgo.....	787

A) Resolución	796
B) Reducción del precio.....	825
2. Remedios ante el incumplimiento: su funcionamiento en ausencia de normas sobre transmisión del riesgo	828
A) Aproximación a la supuesta necesidad de coordinar transmisión del riesgo e incumplimiento	828
B) Relectura de la supuesta necesidad de coordinar transmisión del riesgo e incumplimiento	831
C) Remedios y reparto del riesgo del contrato: unas breves reflexiones..	845
III. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR	859
RESULTADOS	867
CONCLUSIONES	869
CONCLUSIONS	879
BIBLIOGRAFÍA	889

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
Arts.	Artículo(s)
B.	Book
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 2011
C.	Código
Cc	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil
CCCat	Código civil de Cataluña
Ccom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de comercio
Ccom de 1829	Código de comercio, decretado, sancionado y promulgado en 30 de mayo de 1829
Ccom de 1885	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de comercio
CDCFN	Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo
Cfr.	Confróntese
Ch.	Chapitre
CVCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
D.	Digesto
DCFR	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference
Directiva 1999/44/CE	Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados

aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

Directiva 2011/83/UE	Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
Directiva (UE) 2019/770	Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales
Directiva (UE) 2019/771	Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE
Esp.	Especialmente
FD	Fundamento de Derecho
I.	Instituciones
INCOTERMS	Internacional Commercial Terms
LCRJA	Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias
Libr.	Libro
Liv.	Livre
Núm(s).	Número(s)
n.º	Número
p. (pp.)	Página(s)
PAMCC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa de 2005

PAPDC	Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018
Part.	Partidas
PECL	Principles of European Contract Law
PCCI	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (versión de 2016)
PCM	Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013
PMCC	Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación de 2009
RAE	Real Academia Española
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDC	Revista de Derecho Civil
RDP	Revista de Derecho Privado
RJ	Registro jurisprudencial
s.	sección
ss.	siguientes
Sect.	sección
SGA	Sale of Goods Act 1979
sub-s.	sub-sección
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Tít.	Título
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo

UCC	Uniform Commercial Code
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. The Hague, July 1, 1964.
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Vid.	Véase

RESUMEN

La presente tesis analiza la disciplina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa. Se trata de un expediente procedente del Derecho romano, tradicionalmente cuestionado y cuyo verdadero fundamento y alcance no se acaba de comprender o, al menos, sigue siendo objeto de disputa. El contexto jurídico español se encuentra en un período de reflexión en lo que respecta a la modernización de su decimonónica regulación del Derecho de obligaciones. Tal necesaria actualización atañe también a la regulación de las clásicas normas sobre la transmisión del riesgo y abre el debate de cómo procedería acometerse, pues estas normas siguen presentes en los instrumentos jurídicos que se enmarcan en el denominado «nuevo Derecho de contratos».

Este estudio desvela los principios que informan esta clásica disciplina y la realidad para la que estaba pensada, defiende que –en atención a la actual forma de entender la vinculación contractual, el incumplimiento y el sistema de remedios– procede prescindir de una regulación específica sobre la transmisión del riesgo en la compraventa y realiza un esbozo normativo con ánimo de demostrarlo.

RÉSUMÉ

Cette thèse analyse la discipline du transfert du risque dans la vente. Il s'agit d'une réglementation issue du Droit romain, traditionnellement remise en cause et dont le fondement et la portée véritables ne sont pas entièrement compris ou, du moins, sont encore contestés. Le contexte juridique espagnol se trouve dans une période de réflexion concernant la modernisation de sa réglementation du droit des obligations qui date du XIXe siècle. Cette mise à jour nécessaire concerne également la réglementation des règles classiques de transfert du risque et ouvre le débat sur la manière de le faire, car ces règles sont encore présentes dans les instruments juridiques du «nouveau Droit des contrats».

Cette étude révèle les principes qui inspirent cette discipline classique et la réalité à laquelle elle était destinée, soutient que –en raison de la compréhension actuelle de la relation contractuelle, de l'inexécution du contrat et les remèdes– une réglementation spécifique sur le transfert du risque dans la vente n'est pas nécessaire et fournit une proposition à titre illustratif dans le but de le démontrer.

INTRODUCCIÓN

I. ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA

De la misma forma que la voz *periculum* no asume en las fuentes romanas un significado unívoco sino plurivalente¹, en la actualidad, el término «riesgo» sigue siendo multicomprendivo. El vocablo evoca *algo no querido*; la «contingencia o proximidad de un daño», se lee en el Diccionario de la lengua española de la RAE. Y a lo que al Derecho en general y al Derecho privado y contractual en particular pueda interesar, de lo que se trata en cada caso es de determinar qué se quiere expresar aludiendo a ese riesgo eventual o daño ya manifestado y cuál es el mecanismo jurídico a través del cual dicho riesgo se atribuye a una de las partes contractuales en la medida en que parece que de alguna manera *alguien* se ha de hacer cargo de él siempre.

Vaya por delante que mis intenciones en este estudio son muy modestas, pues mi propósito es analizar la clásica y *especialísima* disciplina de la «transmisión del riesgo» en el contrato de compraventa –con su regulación de referencia contenida en el art. 1452 Cc– y su encaje, colisión, adaptación o superación por (i) los actuales planteamientos de la vinculación contractual que tienden a reforzar la garantía de un resultado a cargo del deudor en favor del acreedor, (ii) la noción unitaria y objetiva del incumplimiento y (iii) el sistema de remedios que estructuran la responsabilidad contractual *lato sensu*; tríada a través de la cual se procede al «reparto de riesgos entre los contratantes en el ámbito que organiza el contrato»².

La *transmisión del riesgo* en la compraventa poco o más bien nada tiene que ver con ese *reparto de riesgos* en el contrato al que se acaba de aludir; aunque una vez que pasemos por el estudio de aquella

¹ TALAMANCA, 1995, p. 221. *Vid.* MACCORMACK, 1972, pp. 135 y ss.; quien sistematiza las diversas significaciones del vocablo *periculum*.

² MORALES MORENO, 2006a, p. 20.

antediluviana disciplina, uno puede apreciar que en verdad realizaba un reparto de riesgos entre vendedor y comprador, pues se trataba de una regla de aplicación articulada, no rígida y automática, que buscaba adaptarse a las circunstancias del caso concreto. En efecto, utilizo el pretérito imperfecto porque, en el contexto jurídico español –abierto desde hace años³ a la transformación y modernización de un Derecho de obligaciones y contratos codificado y desactualizado que ha de converger con el proceso de armonización del Derecho contractual europeo directamente influenciado por la CVCIM, a su vez,alzada como paradigma de lo que se ha tenido a bien llamar «el nuevo derecho de la contratación»⁴– la regulación de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, al menos tal y cómo está regulada en nuestro Código civil, se siente como *algo* del pasado; es percibida como un incómodo e incomprensible expediente que representa una drástica ruptura de la más elemental bilateralidad que debería informar al contrato sinalagmático por excelencia. Explico en la presente introducción con mayor pormenor la mecánica de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, pero aquí puedo brevemente adelantar esa reverberante idea, quimera heredada, de que en virtud de tal disciplina, a pesar de la pérdida o deterioro del bien objeto del contrato tras la perfección de este pero antes de su cumplimiento, el comprador tiene que pagar la integridad del precio: *periculum est emptoris*. Habrá más o menos adaptaciones o excepciones a esta regla, pero comúnmente se asume tal idea como el punto de partida. Y lo que se presenta como una disfunción, se opta por arrinconarlo. En verdad, es apreciable una *huida* de la tradicional figura de la transmisión del riesgo en la compraventa.

Por poner dos ejemplos, en su dilatado estudio sobre el remedio resolutorio, CLEMENTE MEORO dedica al art. 1452 Cc un solo párrafo en el que defiende que solo alude al simple deterioro y no a la pérdida. A ello añade que, incluso considerando que sí contempla el caso de la

³ De referencia, los estudios de PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1019-1091; 1993, pp. 1719-1745.

⁴ DíEZ-PICAZO, 2003, pp. 1565, 1571 y 1574; MORALES MORENO, 2006a, pp. 25-29 y 54.

imposibilidad sobrevenida de la prestación, se trata de una norma de derecho excepcional a interpretar restrictivamente y no susceptible de aplicación analógica; pues el autor estima que lo procedente es aplicar el art. 1124 Cc⁵. Por su parte, en un análisis doctrinal y jurisprudencial que FENOY PICÓN realiza sobre la evolución en nuestro ordenamiento jurídico hacia la configuración de un supuesto de hecho amplio y unitario correspondiente a la idea de no conformidad, que engloba el tratamiento de los problemas que atañen a las anomalías cualitativas de la cosa vendida y que supera la diferencia del régimen aplicable a la compraventa de cosas específicas y genéricas y su distinto alcance protector, no hay lugar para tratar el expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa. De hecho, la autora tan solo realiza cuatro anecdóticas menciones a esta disciplina⁶ que precisamente carece de interés y choca con la evolución jurídica de la compraventa que describe y en la que atisba cierta idea de garantía del resultado protegido por el contrato⁷.

Del mismo modo, otros estudios que sí han abordado el análisis del art. 1452 Cc y el expediente de la transmisión del riesgo, muestran su

⁵ CLEMENTE MEORO, 1998, pp. 454-455; que se hace eco de unas reflexiones de DE COSSÍO Y CORRAL que en su momento analizo. *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B). No obstante, para los riesgos por pérdida y deterioros de la restitución que traen causa de la resolución, el autor diferencia según la pérdida o deterioro tenga lugar antes o después del ejercicio de la resolución dedicando atención al art. 1452 Cc (pp. 544-546). Recientemente, en contra de diferenciar la distribución de riesgos según que la alteración restitutoria se produzca antes o después de la desvinculación contractual, RUIZ ARRANZ, 2022, p. 324. *Vid.* Capítulo 5, II, 2, C).

⁶ Se alude a la regla *periculum est emptoris* como regla que es «contraria» o «limita» el remedio resolutorio del art. 1124 Cc en las notas a pie de página 266 y 624 (FENOY PICÓN, 1996, pp. 95 y 212). Al aproximarse al saneamiento por vicios ocultos, apunta la autora que los defectos con origen posterior a la celebración [*rectius*, perfección] de la compraventa se sitúan en el ámbito de la atribución de los riesgos o la responsabilidad por custodia (p. 113). También realiza una mención fugaz al art. 333 Ccom y a la puesta a disposición como momento en que asume el comprador el riesgo a raíz de exponer las opiniones de SÁNCHEZ CALERO (p. 288).

⁷ Alude a esta cuestión en la introducción de su investigación: «existe la sensación de que nos aproximamos a la idea de que el vendedor, dentro del alcance fijado por la regla contractual, se compromete a entregar una cosa que sirva al fin que el propio contrato previó (lo cual incluye el interés del comprador). En cierto modo, pierde relevancia si el vendedor puede o no materialmente conseguir ese fin y aparece una cierta idea de garantía de resultado». *Ibidem*, p. 5. *Vid.* Capítulo 5, II, 1.

disconformidad con este. Trayendo a colación la clásica figura de la imposibilidad sobrevenida fortuita, y entendiéndola como una figura jurídica distinta al incumplimiento⁸, entiende CASTILLA BAREA que la atribución del riesgo al comprador «no se compadece con el resto del sistema de distribución del *periculum obligationis* en el Código civil»; no existen razones de peso para pensar que esta particularidad sea positiva⁹. Para SAN MIGUEL PRADERA, reflexionando también sobre la posibilidad sobrevenida no imputable y considerándola que sí debe encuadrarse dentro de la noción unitaria y objetiva de incumplimiento que actualmente se maneja, el remedio resolutorio del art. 1124 Cc es de aplicación a tal supuesto; encontrándose un límite a tal aplicación en el art. 1452 Cc cuya solución «al margen del incumplimiento» no se justifica hoy en día¹⁰. Finalmente, RODRÍGUEZ-ROSADO, que realiza un atento seguimiento a la regla romana *periculum est emptoris* y su devenir histórico, entiende que en el momento actual la solución del art. 1452 Cc se presenta llamativa y «completamente contradictoria» con la ya consolidada «solución sinalagmática» de aplicar el art. 1124 Cc al incumplimiento no imputable¹¹.

Es tal la animadversión hacia la regla *periculum est emptoris* que incluso se ha afirmado que «tiene escaso interés profundizar en la exégesis y debate en torno a los preceptos que regulan el riesgo en los textos codificados españoles [...], pues existe un amplio consenso en su reforma»¹²; afirmación que yo no puedo compartir. Tiene muchísimo interés comprender correctamente la antigua disciplina de la transmisión del riesgo para ver, cosa que nadie duda, la manera en que debe acometerse su reforma o, más que su reforma, lo que yo

⁸ CASTILLA BAREA, 2001, p. 222.

⁹ *Ibidem*, p. 405. Para la autora, el de la compraventa es el único caso en que se hace correr los riesgos al acreedor de la prestación devenida imposible y no a su deudor.

¹⁰ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 123-141. *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

¹¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 288. *Vid.* también muy crítico CAVANILLAS MÚGICA, 2013, pp. 1691-1692: «la debilidad intrínseca del *periculum est emptoris* y el correlativo reforzamiento del sinalagma funcional confieren un peso considerable a la opinión doctrinal que propugna contener en sus estrictos términos la aplicación del *periculum est emptoris* y emplear un canon de interpretación restrictiva».

¹² ORTI VALLEJO, 2016, p. 138.

estimo más adecuado: su supresión. Porque tengo para mí que, a través de la dialéctica y armazón de las antiguas normas sobre *transmisión del riesgo* en la compraventa, se está acometiendo ese *reparto de riesgos* en la contratación al que he aludido y que, como adelantaba, se me antojan cosas distintas.

Pero antes de esbozar tal planteamiento en la presente introducción, habré de pasar por otras cuestiones y previamente ubicarme en torno a lo que tradicionalmente se ha denominado el problema del «riesgo contractual»; problema que, según explica BETTI, se plantea cuando hecha imposible la satisfacción del conjunto de intereses previsto en el contrato por causa no imputable a ninguno de los contratantes, hay que establecer quién de las dos partes debe sufrir el daño que de tal imposibilidad se deriva y, en consecuencia, perder el *commodum obligationis* en que había confiado¹³. Con específica alusión a los contratos bilaterales, que son los supuestos que aquí interesan, la presente idea suele formularse apelando al denominado *periculum obligationis*: cómo repercute la imposibilidad sobrevenida no imputable del cumplimiento de una obligación en la suerte de la obligación recíproca¹⁴; lo que también se ha tenido a bien llamar «riesgo en sentido técnico jurídico»¹⁵. Su ámbito de aplicación comprende desde el momento de la celebración del contrato hasta su cumplimiento¹⁶.

¹³ BETTI, 1969, p. 171. PINTÓ RUIZ, 1975, p. 702, pone el acento en quién debe sufrir las consecuencias económicas dañosas que derivan de la imposibilidad. También CARRASCO PERERA, 2017, p. 929, alude al impacto en la rentabilidad que se esperaba del contrato que fracasa por «razones *no imputables*» a las partes del contrato. La cursiva es del autor.

¹⁴ Díez-PICAZO, 2008a, p. 695.

¹⁵ GARRIGUES, 1964, p. 296.

¹⁶ Tradicionalmente se concibe como categoría jurídica distinta a la imposibilidad originaria. GONZÁLEZ PORRAS, 1980, pp. 257-258, respecto al art. 1182 Cc y la extinción de las obligaciones en general. PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 58, con relación al art. 1460 Cc y al contrato de compraventa en particular. Estos autores se refieren al supuesto de la imposibilidad total. En el caso de la imposibilidad originaria «sólo en parte», según la expresión del art. 1460 Cc, se permite al comprador «optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

Y tradicionalmente, a través de distintos expedientes, como la *frustration* en el Derecho inglés o el recurso a la resolución o la controvertida *teoría de los riesgos* en Derecho francés o español, tiene lugar una suerte de *reparto del riesgo* entre las partes¹⁷: se posibilita que el deudor de la prestación devenida imposible quede liberado de la misma forma que el acreedor queda liberado de su contraprestación. El denominado *riesgo de la prestación*¹⁸ recae sobre el acreedor (no recibirá lo prometido y en este escenario no procede plantear una eventual indemnización por daños y perjuicios) mientras que el denominado *riesgo de la contraprestación* o riesgo del precio recae sobre el deudor de la prestación devenida imposible (no puede exigir la contraprestación, normalmente el pago del precio prometido)¹⁹. A través de estos distintos expedientes, cuyo funcionamiento no procede exponer aquí²⁰, cada parte soporta uno de estos dos riesgos²¹.

Por supuesto, la anterior imagen es excesivamente rígida y simplista. Por mucho que tradicionalmente se recurra a la figura de la imposibilidad para explicar la problemática del riesgo contractual en el contrato bilateral, hay que atender al «fin del negocio y al interés del acreedor» amparado por el contrato para determinar la relevancia del evento sobrevenido fortuito para activar los anteriores mecanismos²². Del mismo modo, es posible que el impedimento sitúe

¹⁷ Así lo señala TREITEL, 2014, pp. 44-45 respecto al efecto de la doctrina de la *discharge by frustration* y DESHAYES, 2017, núm. 27, con relación a la aplicación del adagio *res perit debitori* que deriva, bien de la controvertida teoría de los riesgos, bien de la aplicación del remedio resolutorio.

¹⁸ Remarca CARRASCO PERERA, 2017, p. 934, que se trata de riesgo de la prestación *específica*. Sobre la obligación y compraventa genérica, *vid.* Capítulo 3, II.

¹⁹ La distinción entre ambos tipos de riesgos tiene raigambre en el Derecho alemán. La exponen MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 358 para la compraventa en particular, y para el contrato en general (pp. 409-410). TREITEL, 2014, p. 45, en nota, dice «tomarla prestada» del Derecho alemán para explicar el funcionamiento de la *frustration*. Mismo discurso, CARRASCO PERERA, 2017, p. 934. No ve beneficio en la distinción entre ambos tipos de riesgos DESHAYES, 2017, núm. 13.

²⁰ *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

²¹ Lo subraya TREITEL, 2014, p. 46.

²² La expresión es de Díez-PICAZO, 2008a, p. 697 y ss.; quien contempla el remedio resolutorio. PINTÓ RUIZ, 1975, p. 747, alude a la «privación de la utilidad, de la funcionalidad de la cosa en relación al fin que objetivamente resulta del contrato». En el ámbito de la

a las partes en una posición que merezca, más que la desvinculación contractual, una reducción proporcional de la contraprestación a cargo del acreedor; situación como tal no expresamente regulada en nuestro Código²³. Y finalmente si el escenario descrito se ha reducido a la sencilla imagen en que se intercambia una cosa o servicio por un precio, quedaría por analizar el reparto de eventuales costes en los que las partes hayan incurrido en previsión del cumplimiento de un contrato que fracasa o la situación en la que parte del contrato se haya podido ya ejecutar y procedan restituciones²⁴; aspectos sobre los que aquí no voy a entrar. Mi interés es otro.

Expuesta de forma esquemática cómo tradicionalmente opera la cuestión del riesgo contractual a través de distintos posibles expedientes para separar los dos riesgos mencionados –el riesgo de la prestación sobre el acreedor y el riesgo de la contraprestación sobre el deudor– en el contrato de compraventa entra en aplicación lo que yo he tenido a bien llamar la *especialísima* disciplina de la transmisión del riesgo para la tradicional categoría de «pérdida y deterioros fortuitos» de la cosa vendida tras la perfección del contrato pero antes de su cumplimiento. Su especialidad es juntar los dos anteriores riesgos sobre la cabeza del comprador; *transmitir* al comprador el *riesgo de la contraprestación* y vetarle la posibilidad de acudir a alguno de los anteriores expedientes (*frustration*, resolución, teoría de

frustration, CARTWRIGHT, 2013, p. 256 dice que, aunque se habitual decir que el *frustrating event* debe imposibilitar la posibilidad de cumplir, «*the question is whether continued performance would be radically different from that which was intended by the parties when the contract was formed*». En letra redonda lo destacado por el autor.

²³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, 2008a, p. 696; quien señala que la cuestión no se resuelve por el art. 1460 Cc pero se deriva del juego del sinalagma y los principios generales del sistema. En opinión de autor, también estaría abierto el remedio resolutorio; opción que no me parece exenta de dudas. Para el Derecho francés, DESHAYES, 2017, núm. 29; aludiendo sólo a la reducción de la contraprestación. Destaca el autor que esta solución alternativa a la resolución ha estado de largo oculta a la teoría de los riesgos por la sencilla razón de que, al tomar como hipótesis la imposibilidad total y definitiva de la prestación, se busca justificar la liberación de la correlativa.

²⁴ Para el Derecho español, trata las cuestiones CARRACO PERERA, 2017, pp. 934-938. Para la *frustration*, alude TREITEL, 2014, pp. 47 y 591 y ss. a la aplicación de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943.

los riesgos, eventual reducción del precio) *ante su insatisfacción*. Esto es, el comprador no va a recibir o recibe deteriorada la cosa vendida (riesgo de la prestación) pero tiene que pagar el precio (riesgo de la contraprestación). Pero lo curioso además, y este es un matiz que no siempre se hace, es que la disciplina de la transmisión del riesgo solo entra en juego cuando el impedimento sobrevenido afecta a la *integridad física* del bien vendido (pérdida y deterioro fortuitos), de forma que los anteriores expedientes tendrán plena aplicación cuando tengan lugar otros eventos que afecten el cumplimiento del contrato²⁵.

²⁵ Sigo en estas líneas el discurso de TREITEL, 2014, pp. 74-75; quien, en un estudio de la *frustration*, señala que la «transmisión del riesgo» en la compraventa desplaza o excluye la aplicación de esta doctrina, pero solo en lo que concierne a los eventos que afectan al objeto de contrato en su integridad física. Por ello, la doctrina de la *frustration* puede operar ante otros *supervening events* ajenos al control de las partes como, por ejemplo, imposibilidad del método de cumplimiento, retraso o ilegalidad. En el ámbito del Derecho francés, PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 81, dado que el sistema vincula la transmisión del riesgo a la de la propiedad como tendré oportunidad de explicar, dice: si la imposibilidad de realizar la *délivrance* se ocasiona por la pérdida fortuita de la cosa, el comprador, normalmente devenido propietario desde el día la compraventa, sufre tal pérdida y deberá pagar el precio sin que el vendedor esté obligado a *délivrer*. No obstante, añade, puede suceder que la no realización de la *délivrance* se deba a acontecimientos que dejan subsistir intacta la cosa vendida como inundaciones, guerras etc. En tales casos, el comprador, ya propietario o no, puede demandar la resolución. En el ámbito del Derecho español, dice Díez-PICAZO, 2010, p. 119, que cualquiera que se la interpretación que reciba el art. 1452 Cc hay que tener presente que contempla una imposibilidad sobrevenida por pérdida o destrucción de la cosa (*interitus rei*) y añade: «Quedan sin resolver los supuestos en que existe una imposibilidad de ejecución del contrato que obedezca a causas distintas. El caso más llamativo es el que queda comprendido en el llamado “factum principis” o acto de autoridad (p. ej. La cosa es confiscada o expropiada, su comercio queda prohibido)». Apela el autor a la tradición histórica. En efecto, en atención a las fuentes, Los supuestos en que se confisca la cosa comprada por un acto de soberanía estatal son ajenos a la cuestión del *periculum rei venditae*. De esta forma, el comprador puede exigir la devolución del precio pagado si la expropiación tiene lugar antes de la entrega de la cosa (JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 328; ARANGIO RUIZ, 1954, p. 270; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 218. Referencias a las distintas posiciones doctrinales acerca de la cuestión en LAZO, 2007, *passim*, para quien D. 19, 2, 33 sí analiza el asunto de la asignación del riesgo en casos de *publicatio* de fundos. Para el autor, el pasaje constituye un testimonio en virtud del cual el *periculum emptoris* no está exento de fisuras en el ámbito de la jurisprudencia clásica). Hay quien apunta que ello se debe a la existencia de una indemnización en favor del vendedor-propietario que hace inidónea la operatividad del *periculum emptoris* (DE ROBERTIS, 1982, pp. 980-981. Por su parte, ZIMMERMANN, 1996, p. 288 considera que es posible que la decisión adoptada en D. 19, 2, 33 se base en el hecho de que el vendedor ni siquiera tuviese todavía la *vacua possessio* en el momento de la expropiación). Recuerda RODRÍGUEZ-

La apreciación no es pacífica y, en lo que concierne a la regulación de la transmisión del riesgo en nuestro Código civil, otros apuestan por entender la expresión «pérdida y deterioro fortuitos» en un sentido amplio²⁶. Yo me sitúo con el primer parecer y no porque pretenda hacer una lectura reduccionista del art. 1452 Cc como otros²⁷, sino porque *quiero comprender su verdadero alcance*; su verdadero y limitado alcance, así como el escenario en que esta regulación de la transmisión del riesgo está pensando. Hay que desprenderse de ese mito heredado de que la regla de la transmisión del riesgo de la contraprestación al comprador le hace pechar con el riesgo de la contraprestación *tout court*, resquebrajando la más esencial bilateralidad del contrato. Pero lo verdadero y cierto es que sí produce estos efectos en cierta medida. Y la gran pregunta es por qué.

Comienza ALONSO PÉREZ su estudio sobre la doctrina de la transmisión del riesgo²⁸ en el contrato de compraventa señalando que la cuestión «se reduce a un esquema muy sencillo»; de ahí su sorpresa ante la polémica que ha generado a lo largo de los tiempos²⁹. A mí no me causa tanta extrañeza la controversia, pues los conceptos que

ROSADO, 2013, p. 67, en nota a pie, que ya Gregorio López en su Glosa a las Partidas descarta la transmisión del riesgo en casos de confiscación.

²⁶ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 157 y 166. ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 140-141: «las expresiones legales “pérdida o deterioro”, “daños y menoscabos” hay que interpretarlas en sentido amplio si se quieren abarcar los múltiples supuestos de riesgo de las mercaderías en el tráfico moderno, como, por ejemplo, el embargo en tiempo de guerra, las prohibiciones de exportación o importación, la imposición de “contingentes”, retrasos debidos a órdenes de autoridad, etc. Tipos de perecimiento no materiales pero sí de índole económica». El autor reproduce literalmente el parecer de GARRIGUES, 1964, p. 304. Y aunque ya tendré tiempo de explicarlo, *es normal* que el mercantilista interprete tales conceptos (en el ámbito del Código de comercio) en sentido amplio porque está situando el momento de la transmisión del riesgo en el momento del cumplimiento de la obligación de entrega. También a favor de conceder amplitud de los términos del art. 1452 Cc, ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 53-54: no sólo pérdida física «sino también la pérdida jurídica o la extracomercialización del bien y la pérdida económica o inutilidad del bien para cumplir la función a la que está destinado».

²⁷ Lo dice el propio Díez-Picazo, 2010: el art. 1452 Cc es excepcional y de interpretación estricta.

²⁸ A lo largo de mis explicaciones, cuando utilizo el término «riesgo» me refiero al «riesgo de la contraprestación». Si utilizo el término riesgo para referirme a otra idea, lo dejaré claro en el texto.

²⁹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 25-26.

acotan esta teoría –cuyo estudio ya ponen en un brete a los romanistas³⁰– enturbian su aparente simplicidad y el primer escollo con el que nos encontramos consiste en delimitar su ámbito de aplicación.

Acaso procedería reproducir ya el art. 1452 Cc. Pero se me antoja de tan difícil lectura, que es mejor tomar prestada la definición que algún autor ofrece de esta clásica disciplina para observar las dificultades a las que me refiero. Dice CASTÁN TOBEÑAS: «el vendedor ha de responder de la pérdida y deterioros de la cosa cuando obre con dolo o negligencia o se halle constituido [sic] en mora. Pero el punto que ofrece alguna dificultad en la doctrina y en la legislación positiva es el relativo al caso fortuito: si la cosa se pierde o destruye sin culpa del vendedor y sin estar éste constituido [sic] en mora, *después de perfeccionado el contrato y antes de que la cosa haya sido entregada*, ¿soportará la pérdida el vendedor o el comprador? o lo que es igual, ¿pierde el vendedor su derecho a reclamar el precio, en cuyo caso el que resulta empobrecido es el vendedor, que se queda sin la cosa y sin el precio, o conserva dicho derecho, quedando perjudicado el comprador, que ha de pagar el precio sin obtener la cosa?»³¹. Como se observa, se elude la mención al deterioro fortuito, por la inercia de pensar siempre en la pérdida, y se está reproduciendo la formulación del problema del *periculum obligationis* pero adaptado al contrato de compraventa. Así suele presentar la cuestión nuestra doctrina³². Sea como fuere, prestemos ahora atención a la delimitación que sugiere el autor para el expediente de la transmisión del riesgo.

³⁰ En efecto, IHERING, 1862, pp. 9 y 38, señala que la doctrina del riesgo constituye un asunto oscuro y turbador. Según GROSSO, 1950, p. 233, representa una verdadera cruz para los romanistas. BETTI, 1956, p. 166, no duda en calificarla de rompecabezas

³¹ CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 83. La cursiva es añadida.

³² *Vid.* por ejemplo, ROCA SASTRE, 1948, pp. 386-387; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 296-297; PINTÓ RUIZ, 1975, p. 702; BADENES GASSET, 1995, p. 281, que prestan atención al supuesto de pérdida. GARRIGUES, 1964, pp. 296-297, alude a la pérdida y deterioro, pero después su discurso se centra en la pérdida. ALBALADEJO, 1980b, p. 48, en cambio atiende a la pérdida y deterioro.

En primer lugar, cabe preguntarse qué debemos entender por perfección del contrato como momento inicial en que entra en juego la teoría de los riesgos en la compraventa. Como adelantaba, tradicionalmente, se ha prestado particular atención a la regla, por todos asumida con mayor o menor reparo y con mayor o menor extensión, según la cual el riesgo corresponde al comprador; dando lugar a las interminables discusiones sobre el alcance del brocardo *periculum est emptoris*, su fundamento, su supuesta colisión con los principios que rigen las obligaciones bilaterales y las consecuencias irremisibles a las que presuntamente conduce. No procede ahora abordar estas cuestiones pero, como apuntaba, dado que el acento se ha puesto en la máxima *periculum est emptoris*, si decimos que la misma se aplica, en la sistemática actual del Código civil, desde la perfección del contrato, la afirmación es cierta o falsa según lo que entendamos por este último concepto. En efecto, si hacemos equivaler sin matización alguna perfección del contrato a la celebración del contrato de compraventa, la afirmación es incorrecta.

En segundo lugar, identificar el momento final hasta el cual entra en juego la clásica doctrina del riesgo en la compraventa, tampoco está exento de dificultades ni de consecuencias. No obstante, parece tratarse de una cuestión sobre la que no se ha meditado mucho en comparación a la centralidad que se le ha concedido, como decía, a la preocupación por comprender por qué los riesgos se atribuyen al comprador. Así, las fórmulas utilizadas para hacer referencia al «hasta cuándo» son de lo más variopintas. Como hemos visto, CASTÁN TOBEÑAS alude a la entrega, otras voces apelan a la ejecución del contrato³³ y, conforme a otras opiniones, se alude a la entrega como momento en que se transmite la propiedad³⁴; lo cual aproxima la cuestión de la transmisión del riesgo y la propiedad. En este sentido, dice Díez-Picazo que para encontrarnos ante el genuino problema del riesgo en la compraventa es necesario que éste se produzca con

³³ PUIG BRUTAU, 1982, p. 158; GARRIGUES, 1964, p. 296.

³⁴ ROCA SASTRE, 1948, pp. 385 y 392; PINTÓ RUIZ, 1975, p. 706.

anterioridad a la entrega porque «encontrándose [la cosa] ya en poder del comprador, se aplica el brocardo *res perit domino*»³⁵.

Veremos como a lo largo de la presente investigación van surgiendo diferentes aforismos: *res perit creditori*, *res perit debitori*, *res perit domino*, *res perit ei cui adquiritur*, etc. Y yo tomo distancia de todos ellos y su sistematización porque, en verdad, lo que interesa es esa idea que se concibe anómala de la transmisión del riesgo al comprador; de ahí que el brocardo protagonista de este trabajo sea *periculum est emptoris* y, si acaso, su opuesto: *periculum est venditoris*.

Sea como fuere, decía, la conexión vista en el anterior párrafo entre la transmisión del riesgo y la de la propiedad, podrían invitarnos a inferir que la transmisión de esta marca el punto final de la cuestión del riesgo en el contrato de compraventa. Pero yo me cuidaré de aceptar tal conclusión pues, en abstracto, no es cierta. No me cabe la menor duda de que estos autores están pensando en el supuesto en el que el cumplimiento de la obligación de entrega produce a la vez la transmisión del dominio. Pero no debemos olvidar que la propiedad se puede transmitir de forma más o menos espiritualizada.

Afirmar que la doctrina del riesgo en el contrato de compraventa deja de aplicarse cuando la propiedad se ha transmitido al comprador, siendo éste quien asume el riesgo de la cosa no ya como contratante sino como propietario (*res perit domino*), nos conduciría a aceptar que, si la transmisión de la propiedad tiene lugar por cualquier modo, por ejemplo, en el momento de la celebración del contrato, el riesgo sería del comprador por haber devenido propietario. Esta sería la conclusión salvo que nos dedicásemos a construir diferentes excepciones a la regla. Sin embargo, no debemos seguir ese camino; en materia de transmisión del riesgo en la compraventa se han querido enunciar demasiadas reglas y excepciones cuando, en mi opinión, el planteamiento debe ser diferente.

³⁵ Díez-PICAZO, 2010, p. 112.

No procede ahora adentrarnos en el alcance del aforismo *res perit domino* y la controversia que lo circunda. Para la primera aproximación que estoy realizando al expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa en el sistema tradicional y dispositivo del Código civil, simplemente debemos decir que la cuestión de la transmisión del riesgo se abre con la perfección del contrato y se cierra con la entrega de la cosa. Pero dado que este último concepto constituye un auténtico *mare magnum*, debo precisar, junto con MANRESA Y NAVARRO, que me refiero al momento en que «la cosa haya sido real y efectivamente entregada»³⁶; y ello con independencia de la transmisión de la propiedad. De hecho, si la transmisión del riesgo al comprador y la transmisión de la propiedad se producen eventualmente en el mismo momento, ello es una coincidencia que no permite decir que el riesgo corresponde al comprador por ser dueño.

Respecto a la relación que existe entre la doctrina del riesgo y la transmisión de la propiedad, por ahora nos basta con seguir el criterio de BÉRGAMO LLABRÉS: «[la] coincidencia de las cualidades de acreedor y de propietario en el comprador, no debe arrastrarnos a la conclusión de que el paso de los riesgos a su cargo guarde una lógica e inminente dependencia con el traspaso de la propiedad a su favor. El paso de los riesgos y el traspaso de la propiedad son dos efectos jurídicos que arrancan de una causa común, pero que discurren, acto seguido, por caminos distintos, aunque paralelos. Nada impide que sea diverso para ambos el momento inicial, y, por tanto, que el comprador cargue con el peligro antes de ser propietario, o sea propietario antes de echar sobre sí el peligro»³⁷. Y esta insistencia no es gratuita: hay que tener claras cuáles son las obligaciones del vendedor para comprender correctamente la cuestión de la transmisión del riesgo.

³⁶ MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 146. También SOTO NIETO, 1965, p. 152, enmarca la cuestión del riesgo de la contraprestación «entre la perfección del contrato, típicamente consensual, y el de la efectiva entrega del objeto». La cursiva es del autor.

³⁷ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 164-165.

Dispone el art. 1461 Cc que el vendedor tiene que entregar la cosa y proceder a su saneamiento por los vicios ocultos y en caso de evicción. El régimen dispositivo del Código civil no sanciona una obligación de transmitir la propiedad, aunque a través de distintos razonamientos hay quien llega admitirla³⁸; herencia romana que, si justificada en sus tiempos³⁹, ya no se comprende⁴⁰ y que a lo que ahora interesa, desconecta transmisión del riesgo y de la propiedad⁴¹. Y tal desconexión creo que habría de mantenerse, aunque se admitiese

³⁸ *Vid.* Capítulo 4, IV.

³⁹ Las necesidades comerciales que impulsan la aparición del contrato obligatorio, exigen que el vendedor no esté obligado a transmitir el dominio *ex iure Quiritium* sobre la cosa, sino sólo su pacífica posesión. En primer lugar, porque los ciudadanos romanos concluyen contratos de compraventa con peregrinos, quienes no pueden adquirir la propiedad romana. En segundo lugar, porque en Roma no hay un sistema de publicidad del dominio. Haber exigido la transmisión de la propiedad como requisito esencial de la compraventa habría comprometido la seguridad y la estabilidad de este frecuente contrato (LONGO, 1944, p. 217. Mismas reflexiones en BETTI, 1960, p. 195). A pesar de no existir tal obligación, la doctrina no desconoce que la transmisión de la propiedad es el resultado normal y fin último e inescindible del negocio (función socio-económica de la compraventa). *Vid.* en este sentido, WINDSCHEID, 1904, pp. 93 y 94; LONGO, 1944, p. 218; ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 152 y 162; FERRINI, 1953, p. 258 o BIONDO, 1965, p. 490, con base en D. 18, 1, 80, 3. Explican JÖRS/KUNKEL, 1937, pp. 132-133, que en el caso de las *res nec Mancipi*, la realización de la *traditio* con todos los requisitos traspasa la propiedad. Respecto de las *res Mancipi*, subsiste el recurso de la *mancipatio* (que, en opinión de FUENTESECA, 1978, p. 174, cumple, entre otras finalidades, la de publicitar la transmisión); la cual, se configura en la época clásica como un negocio abstracto de transmisión. En el caso de la compraventa, la *mancipatio* funciona como un mero negocio de ejecución real, mientras que el contrato consensual se celebra con anterioridad y el pago del precio se verifica también independientemente, sin formalidades y antes o después de dicho acto. No obstante, existe cierta discusión sobre si su realización es o no obligatoria para el vendedor. En opinión de ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 175-177; GALLO, 1960, pp. 19-20; BURDESE, 1964, p. 530; VOLTERRA, 1988, p. 502; TALAMANCA, 1990, p. 586 y VOCI, 1994, p. 446, las partes lo pueden acordar, y así lo hacen corrientemente, pero no es obligación del vendedor. En cambio, según CUQ, 1928, p. 459; PEROZZI, 1928b, p. 279; JÖRS-KUNKEL, 1937, p. 326; LONGO, 1944, p. 214; FERRINI, 1953, p. 258; BETTI, 1960, pp. 192-193 y BIONDO, 1965, p. 490, el comprador sí puede exigir la realización de tal acto. Como último recurso, al comprador que goza del *status civitatis* le queda la usucapión de la cosa (JÖRS-KUNKEL, 1937, pp. 181, y ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 84 y 163).

⁴⁰ Crítica, por todos, de PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1722.

⁴¹ Tajante ARIAS RAMOS, 1947, p. 121: no se puede aceptar las críticas al sistema romano que desliga la cuestión de la transmisión del riesgo de la de la propiedad por la sencilla razón de que estamos ante «un sistema que consideraba terminada la obligación del vendedor con el *vacuum possessionem tradere*».

la existencia de tal obligación⁴². Sea como fuere, además de las obligaciones de entrega y saneamiento, el art. 1468.I Cc establece la obligación de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Y sobre la base de la primera y la última de las obligaciones señaladas, opera el expediente de la transmisión del riesgo desde el momento de la *perfección* del contrato: el vendedor no cumplirá su obligación de entrega (pérdida fortuita) o su obligación de entregarla en el estado en que se hallaba en el momento de la puesta a disposición (deterioro fortuito), pero el comprador que ve insatisfecho su crédito⁴³ (art. 1157 Cc) ha de pagar el precio. Y la pregunta que no ha encontrado todavía respuesta satisfactoria es por qué: por qué este golpe a la bilateralidad del contrato y por qué no se permite al comprador remediar⁴⁴.

A ello trato de dar respuesta en este estudio. Pero lo que habré de destacar, según adelanté más arriba, es que la regulación codificada de la transmisión del riesgo realiza en verdad un reparto de riesgos entre vendedor y comprador, pues no se trata de una regla de aplicación automática: no se trata *sin más* de pagar o no pagar, como suele apuntar la doctrina de forma, a mi entender, reduccionista⁴⁵; no se trata *sin más* de optar entre dos opciones diametralmente opuestas (*periculum est venditoris* o *periculum est emptoris*). Esta forma de plantear la alternativa ha sido el caldo de cultivo de todas las críticas que se han erigido contra un sistema, como el de nuestro Código civil

⁴² No puedo compartir la opinión de SOTO NIETO, 1965, pp. 162-163, cuando apunta: al desentenderse el legislador en el 1452 Cc del asunto de la transmisión de la propiedad «debió de insertarse pronunciamiento explícito y abierto sobre el particular, en cuestión de tanta trascendencia».

⁴³ ROCA SASTRE, 1948, pp. 386-387; BADENES GASSET, 1995, p. 281; prestando atención al caso de pérdida.

⁴⁴ En el ámbito del Derecho inglés, SEALY, 1972, p. 226, expresa muy bien la significación de la transmisión del riesgo: «*risk is a derivative, and essentially negative, concept –an elliptical way of saying that either or both of the primary obligations of one party shall be enforceable, and that those of the other party shall be deemed to have been discharged, even though the normally prerequisite conditions have not been satisfied*». En letra redonda destaco lo que me interesa del texto.

⁴⁵ Así plantea la cuestión ROCA SASTRE, 1948, p. 386.

en el que rige, según se dice, la regla (que no principio) *periculum est emptoris*.

Tras el estudio de nuestro Derecho decimonónico codificado podremos ver que el sistema no muestra una predisposición a que el comprador peche con el riesgo; hay espacio para el riesgo de la contraprestación lo soporte el vendedor. Y ello quiere decir que al comprador se le permite *reaccionar* de algún modo frente a la pérdida y deterioros fortuitos; se le permite –permítaseme decirlo– reaccionar frente a un incumplimiento. Sé que en el sistema fragmentario de responsabilidad contractual que establece el Código civil, el concepto de incumplimiento, impregnado por el elemento de la culpa, se reserva a las normas generales sobre responsabilidad contractual donde se integra el remedio indemnizatorio y, a lo más, la pretensión de cumplimiento; remedios ante el incumplimiento a los que se quiere sumar la desubicada resolución del art. 1124 Cc. Después, en la regulación de los contratos en particular se encuentran reglas especiales de responsabilidad contractual para determinadas manifestaciones del incumplimiento propias de cada contrato (como el saneamiento en la compraventa) pero que no se integran en un sistema unitario de incumplimiento⁴⁶. Lo curioso es que, en este panorama, si, como digo, el propio expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa concibe la posibilidad de que el riesgo de la *contraprestación* recaiga sobre el vendedor, el sistema –veremos– ofrece al comprador remedios frente al riesgo de la prestación; ante lo que me tomo la licencia de hablar de incumplimiento.

Así las cosas, frente a aquellas posiciones doctrinales que esbozan la cuestión del riesgo a partir de una regla (*periculum est emptoris*) a la que se opondrían más o menos excepciones, me alíneo con el planteamiento de quienes estiman que no se trata de negar o afirmar la vigencia del *periculum est emptoris* en nuestro Derecho, sino de

⁴⁶ MORALES MORENO, 2006a, pp. 23-25 y 32.

determinar dentro de qué límites y a partir de qué momento tiene lugar la transmisión del riesgo comprador⁴⁷.

No ha habido nada más perjudicial en esta materia que las generalizaciones. Ello lo expresa DE COSSÍO Y CORRAL con elocuencia: «Una de las mayores dificultades que se oponen a una racional y justa solución de algunos problemas jurídicos, es el prejuicio creado por ciertas reglas o aforismos aceptados tradicionalmente como verdaderos axiomas, por esa natural tendencia a confundir las fórmulas mnemotécnicas con las verdades inconcusas»⁴⁸.

Advertido por el autor, y alejado de todo recelo en la materia, habré de adentrarme en el motivo y el criterio por el que el legislador de 1889 decide transmitir el riesgo al comprador antes de que la cosa sea entregada en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Pondré en conexión las previsiones sobre el riesgo en la compraventa recogidas en el Código civil con las contenidas en el Código de comercio de 1885. Frente a lo que se ha sostenido tradicionalmente, creo que ambos Códigos *responden a la misma regla* y su estudio a la par ayuda a disipar las dudas que se generan al analizar sus respectivas normas.

Es posible que las conclusiones no convenzan, sobre todo si se pretende realizar una lectura actualizadora de esta herencia romana, ni que acojan todos los supuestos que se puede dar en el tráfico; pues, ya adelanto, el Código civil y el Código de comercio ofrecen normas sobre la transmisión del riesgo pensadas exclusivamente para las compraventas de ejecución en plaza. Por mi parte, considero que lo

⁴⁷ Así formulan la cuestión BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 158; DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 605; SOTO NIETO, 1965, p. 133; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10242; GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, p. 433. Cuestión distinta son las conclusiones a las que cada uno llega a partir de dicha premisa. Lo iremos viendo a lo largo de estas explicaciones.

⁴⁸ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 597. En este sentido, opina PUIG BRUTAU, 1982, p. 178, que «cuando la doctrina ha teorizado sobre el sentido de la regla romana, ha sentado afirmaciones de indudable carácter general».

oportuno es conocer la pauta que sigue el legislador del siglo XIX en cuanto a la transmisión del riesgo, a ello dedico la primera parte de este estudio, para poder superar esta antediluviana disciplina.

Y ya, en fin, advertiré que el presente es un estudio centrado en la compraventa de bienes muebles por dos razones: por un lado, porque como explico en la primera parte de la obra, los indicios históricos son indicativos de que la disciplina de la transmisión del riesgo entraba en funcionamiento en un contexto comercial de géneros, por mucho de que la legislación decimonónica y las evidencias de la legislación histórica pongan de manifiesto una generalización en la formulación de esta doctrina⁴⁹. De hecho, en materia inmobiliaria los problemas suelen ser otros distintos a esa pérdida y deterioros fortuitos concebidos en su más estricta materialidad⁵⁰. Por otro lado, porque los instrumentos que analizo en la segunda parte de la tesis reguladores de la transmisión del riesgo se centran en la compraventa de bienes muebles. No es un estudio en el que se aborde la compraventa inmobiliaria; lo cual no empece que las conclusiones a las que llegue en cuanto a la actual virtualidad de las normas de la transmisión del riesgo puedan ser extrapoladas a esta modalidad de contrato.

II. CUESTIONAMIENTO DE LA NECESIDAD DE NORMAS SOBRE TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Si tradicionalmente la transmisión del riesgo al comprador desde la *perfección* del contrato ha sido controvertida y cuestionada, la crítica se ha reforzado, o mejor dicho consolidado, en atención a los nuevos planteamientos que se manejan en torno a la vinculación contractual, la concepción unitaria y objetiva del incumplimiento y el conjunto de remedios que integran la responsabilidad contractual entendida en sentido amplio.

⁴⁹ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 61, señalan que el art. 1452 Cc no se aplica a los bienes inmuebles. Duda de ello CAVANILLAS MÚGICA, 2013, p. 1693; pero opta por una interpretación restrictiva reforzada –según dice– por el dato de que su letra y precedentes orientan el precepto claramente a bienes muebles.

⁵⁰ *Vid.* GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, pp. 435-437.

Explica MORALES MORENO que la CVCIM ha sido el instrumento jurídico que sin duda ha ejercido mayor influencia en el tratamiento de los anteriores aspectos al alzarse como un modelo razonable y adecuado a las exigencias del tráfico actual⁵¹ que permite superar la desactualización de sistemas codificados como el español; desactualización que, ejemplificándola en la existencia de los dos sistemas de responsabilidad del vendedor, el saneamiento para el cumplimiento defectuoso y el general del incumplimiento para la entrega, responde a la técnica legislativa utilizada en el momento de la codificación y no a una exigencia ineludible de la lógica⁵².

Según explica el autor, en los sistemas codificados como el nuestro, la relación obligatoria contractual se concibe como un vínculo que genera deberes; que impone una determinada conducta a los contratantes. Y tal punto de partida tiene como consecuencia que la responsabilidad contractual tienda a ser construida con ciertas dosis de subjetivismo fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, reglas de conducta, y bajo el presupuesto de la culpabilidad⁵³. Esta concepción subjetiva del incumplimiento y la responsabilidad contractual, muy inspirada en la idea del *favor debitoris*, termina por reducir la obligación a un deber de diligencia y conlleva que el deudor incumplidor que actúa diligentemente no sufre ningún tipo de consecuencias⁵⁴. De ahí la existencia de otros regímenes especiales de

⁵¹ MORALES MORENO, 2006a, pp. 25-26.

⁵² El autor realiza estas reflexiones cuando apelaba a transponer de la Directiva 1999/44/CE, influenciada por la CVCIM, integrándola en el régimen codificado de la compraventa para superar el sistema de saneamiento por el de la conformidad; dos modos diferentes de tratar un mismo problema y con distinto alcance protector para el comprador. MORALES MORENO, 2003, pp. 1610-1615.

⁵³ MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 290.

⁵⁴ Díez-PICAZO, 2008a, p. 648. Cfr. apartado VIII de la Exposición de Motivos de la PMCC: «Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece [...]. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se

responsabilidad para atender a cuestiones que no tienen cabida en tal concepción del incumplimiento, como sucede con el saneamiento en la compraventa⁵⁵.

No obstante, continúa MORALES MORENO, es posible concebir la vinculación como garantía de un resultado; idea que la nueva construcción del derecho de obligaciones tiende a reforzar y determina que el contenido vinculante de la relación obligatoria no se agote en el deber de conducta, sino que traspase sus límites⁵⁶. Y a partir de esta concepción de la deuda, el autor concatena una serie de ideas.

Dice, en primer lugar: «afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, *cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor*»⁵⁷. Aparece aquí el término «riesgo» con el que –según yo entiendo– se quiere expresar la existencia de un compromiso por parte del deudor; que la expectativa y aspiración del acreedor está efectivamente protegida por el contrato; que forma parte del programa de prestación. Será el contrato –vehículo dinámico y de cooperación⁵⁸–, el instrumento en que quedarán fijados los diferentes compromisos e intereses. Y, en su caso, cánones de razonabilidad y cooperación servirán para interpretar

funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación. El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía».

⁵⁵ MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 291.

⁵⁶ MORALES MORENO, 2006a, pp. 17-19.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 19-20. La cursiva es añadida.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, 2008a, p. 541. Destaca HONNOLD, 2009, p. 464, de manera elocuente el germen de cooperación que atraviesa el contrato: «*It may add a bit of romance to commercial law to suggest that the parties' inter-related steps resemble old-fashioned ballroom dancing*».

aqué⁵⁹ y determinar a qué se ha comprometido el deudor y cuál es el interés protegido por el acreedor⁶⁰, hasta donde alcanza la garantía⁶¹; pues la completa satisfacción del interés del acreedor a menudo queda más allá de lo que el contrato le procura o garantiza⁶².

En segundo lugar, continúa MORALES MORENO, afirmar que el deudor garantiza un resultado, supone también, «que la fuerza vinculante de la relación obligatoria opera en los casos de imposibilidad inicial total (la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato)⁶³ y que la imposibilidad sobrevenida, incluso total, no imputable al deudor, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria, porque en ambos casos puede operar la garantía

⁵⁹ BONELL, 1987, p. 81; HONNOLD, 2009, pp. 136 y 144; subrayan el estándar de la razonabilidad y la cooperación como dos de los principios (art. 7.2 CVCIM) en los que se basa la Convención. Cfr. el destacado protagonismo de la cooperación en otros instrumentos: art. 1.202 PECL; art. III-1:104 DCFR; art. 3 CESL, art. 5.1.3 PCCI 2016.

⁶⁰ Cfr. art. 8 CVCIM. Destaca FARNSWORTH, 1987, pp. 97-98, el gran alcance del precepto: no se limita a la interpretación de los *términos* del contrato para determinar el contenido del contrato, sino también a la interpretación de declaraciones y otras conductas durante la fase de la negociación o tras la conclusión del contrato. Apunta que en la interpretación del contrato normalmente el test subjetivo del art. 8.1 CVCIM no será aplicable en la práctica dadas las dificultades de una parte para demostrar que la otra conocía o no podía ignorar su intención. Lo normal será la aplicación del test objetivo del art. 8.2 CVCIM sobre la base del canon de la persona razonable.

⁶¹ Por ejemplo, con base en el criterio de la persona razonable, un contratante tiene la oportunidad para considerar y elegir entre alternativos modos de expresión y comunicación con la contraparte (HONNOLD, 2009, p. 158); un contratante que discierne una determinada circunstancia o hecho y no se protege a través del acuerdo asume su riesgo (SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 165); un contratante debe destruir la posible confianza que el otro tenga razonablemente depositada en aquel para satisfacer determinadas expectativas [MORALES MORENO, 1997, p. 302, con relación al art. 35.2.b) CVCIM].

⁶² MORALES MORENO, 2009, p. 206.

⁶³ Reflexiona PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1721: los arts. 1261.2.º y 1460.I Cc «no son exigencias ineludibles de la razón jurídica. Antes bien, una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad». Cfr. art. 4.102 PECL; art. II-7:102 DCFR; art. 3.1.3 PCCI 2016.

del deudor⁶⁴. Se trata de atender a lo que debe ser, según el contrato; al objeto ideal y no tanto al objeto real tal y como es⁶⁵.

En tercer lugar, «igualmente implica que la culpabilidad no tiene que ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento, sino que éste consiste, lisa y llanamente, en la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor»⁶⁶.

Y, finalmente, señala el autor, este enfoque «permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no circunscribiéndola a un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; permite entenderla como un instrumento jurídico preciso *de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato*»⁶⁷. La responsabilidad contractual se conforma así con un conjunto articulado y unitario de remedios de los que dispone el acreedor para la satisfacción de su interés; se alzan como vías para que el acreedor, en caso de incumplimiento «*traslade el riesgo de su insatisfacción al deudor*»⁶⁸.

Esta nueva concepción de la vinculación contractual, el incumplimiento y el sistema de responsabilidad contractual se abre como vía para superar la fragmentación del sistema de responsabilidad contractual del Código civil insertar y articular en este los distintos remedios existentes en el Código pero dispersos y desintegrados; cada uno con sus requisitos específicos requisitos, pero todos aunados y a entrar en aplicación ante el mero hecho del incumplimiento,

⁶⁴ MORALES MORENO, 2006a, p. 20.

⁶⁵ Vid. MORALES MORENO, 2003, pp. 1616-1617.

⁶⁶ *Idem.* PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1720, alude al incumplimiento como «*toda desviación del programa contractual*». La cursiva es del autor. DíEZ-PICAZO, 2008a, p. 649, alude a la concepción del incumplimiento como un hecho objetivo en el que se carga el acento en la perspectiva de la satisfacción o violación del derecho de crédito: «lo que se trata de saber es en qué medida los hechos se han ajustado o no al programa o plan de prestación». Cfr. arts. 1.301(4) y 8.101 PECL, art. III-3:101 DCFR, art. 7.1.1 PCCI 2016, art. 1188 PMCC.

⁶⁷ MORALES MORENO, 2006a, p. 20. Cursiva añadida.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 21-22. Cursiva añadida.

objetivamente considerado, que expresa la insatisfacción del interés del acreedor⁶⁹. Los distintos remedios, en efecto, ya existen y son apreciables en la fragmentación del Código. Y la diferencia entre el sistema que se quiere dejar atrás y el que se quiere implantar, no se refiere tanto al efecto de los remedios aisladamente considerados sino a la función del sistema en el que insertan y se combinan⁷⁰.

Ello se observa a lo que ahora interesa, en el contrato de compraventa, con relación a la obligación de entregar, entregar una cosa en el estado en que se halla en el momento de la perfección del contrato y el saneamiento por vicios ocultos. Para estos últimos, en puridad referidos a vicios originados antes de la perfección del contrato, se aplica las particulares acciones edilicias. Para las dos primeras obligaciones, la responsabilidad del vendedor se tutela por las normas generales de responsabilidad contractual como consecuencia de la infracción del deber de custodiar la cosa (cfr. art. 1094 Cc); esto es, si el incumplimiento es imputable porque, en otro caso, entraría la especialísima regulación de la transmisión del riesgo (art. 1452 Cc).

Explica MORALES MORENO el distinto grado de vinculación y alcance protector que, con relación a las cualidades de la cosa, presentan el régimen básico del saneamiento codificado y el de la conformidad de la CVCIM: menor el primero y mayor el segundo. La garantía del saneamiento por vicios vincula al vendedor en cierta medida; su vinculación se dirige a satisfacer su interés negativo (acción redhibitoria y estimatoria) en la medida en que las cualidades presupuestas de la cosa no forman parte del derecho de crédito del comprador. Y al no ser contenido de la prestación del deudor, el comprador no puede exigir las a través de una pretensión de cumplimiento o, en su caso, acudir al remedio indemnizatorio; porque no hay rigurosamente incumplimiento. Pero el régimen de la conformidad del bien con el contrato sí garantiza el interés positivo del comprador; no entregar una cosa con las cualidades *que debe tener*

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 25, 32-33.

⁷⁰ MORALES MORENO, 2012, p. 16.

según el contrato implica incumplir el contrato, porque tales cualidades son contenido del derecho de crédito, y activa el sistema articulado de remedios que supera la complejidad del sistema codificado, cada uno con sus requisitos, para atender la satisfacción del interés del comprador de que la cosa sea como debe ser⁷¹. Las cualidades de la cosa y no solo la entrega misma, forman parte del contenido del deber de prestación del deudor; deber de prestación cuyo cumplimiento o incumplimiento se evalúa en atención a la satisfacción del interés del comprador y, en consecuencia, el precio no es solo la contraprestación de la cosa vendida y su entrega, sino contraprestación de la garantía de satisfacción del interés del comprador, en caso de incumplimiento, a través de ejercicio de cualquiera de los remedios⁷².

Y todo lo que se acaba de decir, por supuesto, impacta por necesidad en la cuestión de la transmisión del riesgo al comprador; expediente que tiene la particularidad de dejarlo insatisfecho. Y lo curioso es observar que, si tradicionalmente se ha considerado inaceptable el art. 1452 Cc en su comparación con el resultado al que conduciría la aplicación del art. 1124 Cc en caso de pérdida fortuita dejándose en un segundo plano la cuestión del deterioro fortuito, son los planteamientos actuales en relación a la conformidad, que embebe esa noción de deterioro fortuito, y de los que deviene la nueva concepción de la vinculación contractual como garantía de la satisfacción del resultado amparado por el contrato, los que permiten asestar el golpe a la solución que ofrece el art. 1452 Cc.

Constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación sea o no imputable al vendedor y tal incumplimiento da lugar al sistema de remedios; no es preciso imponer al vendedor un deber de custodiar la cosa para conservar esta o su estado con el fin de activar el sistema de responsabilidad entendido en el sentido tradicional porque, en el nuevo sistema, no entregar la cosa o no

⁷¹ *Ibidem*, pp. 6-7, 10, 13-14, 15, 19.

⁷² *Ibidem*, pp. 19, 21-22.

entregarla de conformidad con el contrato supone incumplir⁷³. Así dice MORALES MORENO: «toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor, pues *la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad*. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento»⁷⁴. Y a renglón seguido de estas reflexiones, dice el autor: «El momento de traslación del riesgo al comprador (*si es que seguimos hablando de ese momento*) debe situarse en el de la entrega de la cosa vendida»⁷⁵.

Esta idea se me antoja extremadamente sugerente. En efecto, yo me pregunto si a día de hoy necesitamos seguir contando con específicas previsiones de transmisión del riesgo en la compraventa cuando esta especialísima disciplina se encaminaba *precisamente* a dejar al comprador insatisfecho y a hacerle cumplir su parte del contrato a pesar de ello, cuando los planteamientos actuales no acogen tal posibilidad.

Han decaído las fronteras que delimitaban esta antigua disciplina: el denominado «riesgo de la prestación» será a lo sumo un límite para la pretensión de cumplimiento, pero no para el ejercicio de otros remedios; la apelación al momento de la perfección ya no es relevante porque de lo que se trata es de atender al cumplimiento e

⁷³ MORALES MORENO, 2003, p. 1628; 2006a, pp. 33-34.

⁷⁴ MORALES MORENO, 2003, pp. 1628-1629. Cursiva añadida. Cfr. apartado XIII PMCC. También TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, pp. 151-152, se hace eco de la idea de que pérdida y deterioros fortuitos constituyen problemas de incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad.

⁷⁵ MORALES MORENO, 2003, p. 1629. Cursiva añadida.

incumplimiento del compromiso verdaderamente asumido por el vendedor en el contrato más que a los estadios en los que se encuentre el objeto del contrato antes o después de su celebración; el *periculum obligationis* en realidad evoca ahora a la mera constatación de que hay un incumplimiento contractual aunque sea fortuito; el concepto del «riesgo de la contraprestación» que, como he explicado antes, a través de distintos expedientes tradicionalmente se atribuye al deudor, ahora en realidad tan solo quiere decir que el acreedor puede recurrir al sistema de remedios ante el incumplimiento. Y finalmente, ese *especialísimo* efecto de la «transmisión del riesgo» al comprador que, traducido a un lenguaje actual, sería tanto como admitir que no se permite acudir al comprador al sistema de remedios a pesar del incumplimiento del vendedor, es algo que hoy en día se presents inconcebible.

Y dicho esto yo me pregunto por qué a día de hoy seguimos hablando de «transmisión del riesgo» en la compraventa. Cómo es posible que en la CVCIM, alzada como paradigma a través del cual hemos desarrollado las nuevas nociones de la vinculación contractual, el incumplimiento y el sistema de remedios, siga presentando específicas normas sobre transmisión del riesgo en los arts. 66 y ss. CVCIM⁷⁶.

Mi particular percepción es que ello se debe a la inercia y a la tradición, la reacción frente a un sistema –el de la ULIS– que se consideró técnicamente incorrecto, la influencia de los INCOTERMS⁷⁷ que contienen específicas normas sobre transmisión del riesgo⁷⁸ y a que, por supuesto, nos encontramos ante un texto de confluencia de distintas tradiciones jurídicas en cuya preparación se pudo llegar a acuerdos presentando soluciones y resultados concretos, eludiendo complejos tecnicismos y atendiendo a sucesos físicos para

⁷⁶ Dicen HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 921, que aunque una regulación de la transmisión del riesgo está muy extendida en los contratos comerciales internacionales, «*it does not fit well with a system which is based on non-performance and remedies for non-performance*».

⁷⁷ AUDIT, 1990, p. 86; ALCOVER GARAU, 1991, p. 106; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, pp. 454-455.

⁷⁸ *Vid.* Capítulo 4, I y ss.

tratar cuestiones tradicionalmente muy complejas. Tal es el caso del expediente de la transmisión del riesgo⁷⁹, cuya regulación recibió lo que se ha tenido a bien llamar un «enfoque tipológico»⁸⁰.

Sea como fuere, fijémonos en el precepto que abre esta regulación. Según el art. 66 CVCIM: «La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor». Y dado que la Convención es el paradigma de lo que a día de hoy se considera razonable en materia de incumplimiento, el efecto en cadena ha sido que numerosos instrumentos jurídicos reproduzcan su hacer en cuanto a la transmisión del riesgo y su exposición. Cfr. el art. IV.A.-5:101 DCFR⁸¹, el art. 140 CESL⁸², el art. 621-19 CCCat⁸³, el art. 1452.1 PMCC⁸⁴ o el art. 535-1.1 PAPDC⁸⁵ y con anterioridad el art. 96 ULIS⁸⁶.

⁷⁹ Apreciaciones de HONNOLD, 2009, pp. 11 y 22-24.

⁸⁰ SEVÓN, 1986, p. 4.

⁸¹ Art. IV.A.-5:101 DCFR: «*Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller*».

⁸² Art. 140 CESL: «La pérdida o los daños en los bienes o contenidos digitales acaecidos después de que el riesgo se transmitiese al comprador no eximirán a este de su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida o daños se deban a una acción u omisión del vendedor».

⁸³ Art. 621-19 CCCat: «La pérdida, el deterioro o el daño del bien posteriores a la transmisión del riesgo al comprador y no imputables al vendedor no extinguen la obligación de pago del precio».

⁸⁴ Art. 1452.1 PMCC: «El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa». De factura no idéntica al art. 66 CVCIM pero destaca FENOY PICÓN, 2010, p. 78, que es claramente perceptible la influencia de la Convención en el texto proyectado.

⁸⁵ Art. 535-1.1 PAPDC: «La transmisión del riesgo del bien vendido al comprador implica que si, por causa no imputable al vendedor, se produce la pérdida, destrucción o deterioro del bien vendido, el comprador no puede emplear los remedios propios del incumplimiento, salvo lo previsto en el artículo 518-4».

⁸⁶ Art. 96 ULIS: «*Where the risk has passed to the buyer, he shall pay the price notwithstanding the loss or deterioration of the goods, unless this is due to the act of the seller or of some other person for whose conduct the seller is responsible*».

Qué tradicional es la presentación de este texto sobre la transmisión del riesgo y cómo recuerda a esa definición de la clásica disciplina del riesgo en la compraventa que tomé de CASTÁN TOBEÑAS y a cualquier otra que se consulte en la clásica literatura. Y tan tradicional es la letra del precepto, que de la misma forma tradicional se expone la cuestión: se sigue apelando a la alternativa –pagar o no pagar– en caso de pérdida o deterioro fortuito⁸⁷ de las mercaderías tras la conclusión del contrato y antes de que el comprador las reciba⁸⁸, incluso dejándose entrever una eventual insatisfacción del comprador⁸⁹; se sigue aludiendo a esa concepto tradicional «jurídico-técnica» del riesgo⁹⁰ y, en este caso, se apela a una interpretación amplia de los conceptos «pérdida y deterioro»⁹¹. Y ello es perfectamente comprensible porque, en realidad, las disposiciones sobre transmisión del riesgo nos están diciendo *indirectamente* qué es cumplir la obligación de entrega y, en consecuencia «el momento relevante» para evaluar la falta de conformidad⁹². Y si en la actualidad el clásico problema de la transmisión del riesgo por pérdida y deterioro fortuitos se trata de un problema de incumplimiento de la obligación de entrega y conformidad, se entiende que el incumplimiento de estas obligaciones –la falta del vendedor a su compromiso– cualquiera que sea la causa active el sistema de remedios, según sus requisitos, en favor del comprador.

⁸⁷ Subraya NICHOLAS, 1987, p. 484, el empleo de la terminología estricta y clásica.

⁸⁸ Cfr. DERAIS, 1990; ALCOVER GARAU, 1991, p. 116 y ss.; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 120; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 515; HEUZÉ, 2000, p. 324; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 453.

⁸⁹ MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 120. ALCOVER GARAU, 1991, p. 116 y ss.; quien sigue manteniendo esa idea de que la cuestión de la transmisión del riesgo se independiza de la reciprocidad del contrato. En similar sentido, ya lo apuntaba LABANCA, 1968, p. 167, para la ULIS.

⁹⁰ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 515; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 43-44.

⁹¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 116 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 515; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 55 y ss.

⁹² Sobre la idea del «momento relevante» para apreciar la conformidad, *vid.* Capítulo 4, III.

Como señalaba en otro lugar con GARCÍA RUBIO⁹³, siempre ha sido difícil definir en qué consiste entregar y determinar las distintas modalidades a través de las cuales se puede cumplir la obligación de entrega. Y es curioso observar cómo esta dificultad se elude en la actualidad con apoyo en las específicas normas de transmisión del riesgo, de cuya utilidad a día de hoy dudo⁹⁴. Es evidente que, a través de estas normas, como decía, *se define indirectamente* qué es entregar y se complementan las normas cuyo objeto es precisamente definir o describir el cumplimiento de la obligación de entrega que, a la postre, se muestran incompletas. Hasta tal punto esto es así que, con relación al CESL se ha sostenido que las previsiones sobre las modalidades de entrega podrían ser eliminadas sin consecuencias negativas para el sistema, porque sería suficiente las reglas sobre el tiempo de entrega y la transmisión del riesgo⁹⁵. Con todos los respetos, este planteamiento es sumamente anómalo: ningún sistema debería prescindir de las reglas dirigidas a regular una de las obligaciones características del tipo contractual de la compraventa. El esfuerzo debe encaminarse a reescribir las previsiones sobre la transmisión del riesgo, precisamente, en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad. Sobran las normas sobre transmisión del riesgo, pero es imposible que sobren las normas sobre la entrega.

El sentir general de la doctrina, decía, es cuestionar las particulares normas sobre transmisión del riesgo, los inciertos resultados a los que conduce en nuestra legislación codificada y su singular posición fuera del incumplimiento⁹⁶. Pero seguimos atados a su tradicional vocabulario y razonamiento; parece que no hay manera de escapar a la *dialéctica* de la transmisión del riesgo. No he encontrado estudio que,

⁹³ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1010-1011.

⁹⁴ Por eso, aunque como acabamos de ver parecía que MORALES MORENO, 2003, p. 1629, cuestionaba la necesidad de seguir hablando de transmisión del riesgo, dice más adelante con relación a la conformidad: «Decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso. Es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador» (p. 1634).

⁹⁵ ZOLL, 2012, p. 463.

⁹⁶ Dice ORTI VALLEJO, 2016, p. 153: resulta acertado afirmar que el concepto neutro de incumplimiento (responsabilidad objetiva) hace inútil la doctrina del riesgo».

después de criticar esta antigua teoría y sus irrazonables consecuencias, no apele a la idea de la transmisión del riesgo en el momento de la entrega cuando, creo que es una reflexión innecesaria⁹⁷; una duplicidad en las palabras, fruto de mantener unas previsiones que respondían a un sistema ya considerado pretérito, porque como digo a través de la transmisión del riesgo se está definiendo qué es cumplir y considero anómalo cuestionar la oportunidad de una institución jurídica y, al mismo tiempo, seguir usando su armazón⁹⁸.

Fijémonos en las palabras de SAN MIGUEL PRADERA, cuando, después de criticar la solución del art. 1452 Cc, reflexiona sobre la justificación de las normas sobre transmisión del riesgo en los arts. 66 y ss. CVCIM: el sentido de estas disposiciones «no es otro que el de fijar un momento a partir del cual la pérdida y deterioro de la cosa no constituye incumplimiento del vendedor»⁹⁹. A mi entender estas palabras describen de forma exacta lo inexacto que es seguir hablando de transmisión del riesgo en el contrato de compraventa. Porque si con la transmisión del riesgo –un expediente con el que se hacía pagar al comprador insatisfecho– ahora queremos decir qué es cumplir, más valdría decirlo directamente y no recurrir al circunloquio de la transmisión del riesgo, cuya función de antaño para la que fue pensada ya no se comprende. Porque, si el vendedor cumple, es evidente que los «riesgos» que vayan más allá del cumplimiento es algo de lo que no debe responder en sentido lato porque no se ha comprometido a ello.

Pero volvemos a lo de antes. Para mí, una cosa es el antiguo expediente de la *transmisión del riesgo* –que como decía sí efectuaba

⁹⁷ Con relación al art. 1452 PMCC, dice FENOY PICÓN, 2010, p. 78, que el texto del proyecto «desplaza» el momento de la transmisión del riesgo. *Vid.* también la propuesta de reforma de LINACERO DE LA FUENTE, 2007, p. 149 para una eventual reforma del art. 1452 Cc.

⁹⁸ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1013.

⁹⁹ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, p. 136. *Vid.* la relación que establecen entre la transmisión del riesgo y el ejercicio de los remedios NICHOLAS, 1987, pp. 484-485; NEUMAYER/MING, 1993, p. 420. *Vid.* también el art. 535-1.1 PAPDC.

en cierta medida un reparto del riesgo entre vendedor y comprador— y otra cosa es el actual *reparto de riesgos* que realiza el contrato y el sistema de remedios en caso de incumplimiento.

En su cuestionamiento de la disciplina de la transmisión del riesgo¹⁰⁰, dice MORALES MORENO: «En el nuevo sistema, la figura unitaria del incumplimiento está llamada a ordenar la *distribución*, entre los contratantes, *de todos los riesgos de insatisfacción del interés del acreedor* [...]: *no queda espacio para la doctrina de los riesgos*, porque ha sido absorbida en el ámbito operativo del incumplimiento. *Los riesgos se distribuyen a través de las reglas específicas de aplicación de cada remedio*»¹⁰¹. Como dice en otro lugar, el contrato (la regla contractual) es un instrumento jurídico con el que los contratantes reparten riesgos, separando y acotando los que deben ser gestionados por cada parte. Y el incumplimiento, expresión de que se ha producido la lesión (insatisfacción) de uno de los contratantes, abre el sistema de remedios a través de los cual se reparte dicho riesgo de insatisfacción¹⁰².

Todo contrato, vehículo de cooperación, está dirigido al cumplimiento y a la satisfacción de las expectativas de las partes. Pero estas expectativas pueden fracasar, en mayor o menor medida, con la materialización de determinados *riesgos*; esas contingencias no queridas. Y habrá que saber qué parte los ha asumido. Si nos ponemos en la situación del deudor, significaría que hay un incumplimiento y que el acreedor podría acudir al sistema de remedios en busca de la satisfacción de su interés protegido por el contrato. Si nos ponemos en la situación del acreedor, significaría que es una cuestión ajena al contrato de la que nada debe responder la contraparte: no hay incumplimiento. El diseño del cumplimiento y los remedios ante

¹⁰⁰ El autor alude a ella como «doctrina de los riesgos». Pero la expresión puede causar confusión. Una cosa es la tradicional y cuestionada *teoría de los riesgos* y su autonomía o no respecto al remedio resolutorio, cuestión que será abordada en su momento, y otra cosa son la *especialísima* transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

¹⁰¹ MORALES MORENO, 2006a, p. 34.

¹⁰² MORALES MORENO, 2009, p. 205-208.

incumplimiento reparten los riesgos en la contratación y no dejan espacio para la transmisión del riesgo; figura cuya función, insisto, precisamente era a dejar insatisfecho al comprador y que ya no se precisa.

Todo mi planteamiento, el cuestionamiento de las específicas normas sobre transmisión del riesgo en el nuevo Derecho de contratos, encuentra una sugerente propuesta en un breve pero impactante trabajo de LILLEHOLT. Según dice el autor, es posible que las normas sobre la transmisión del riesgo sean superfluas y sustituibles por determinados ajustes en las reglas sobre entrega y conformidad¹⁰³; nos encontraríamos, entiendo, ante una cuestión de metodología legislativa¹⁰⁴. Y en atención a las reglas de la transmisión del riesgo de la CVCIM, el autor se pregunta si estamos ante normas de las que sencillamente no logramos desprendernos o si, el optar por su omisión, podríamos soslayar intrincados problemas¹⁰⁵.

Recuerdo que en una ocasión le pregunté al Prof. MORALES MORENO si el art. 1452 PMCC se trataba de una deferencia al pasado y su respuesta fue afirmativa. Pero no he de criticar la prudencia¹⁰⁶. Mi propuesta es que las específicas normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa son absolutamente prescindibles y que deben ser vertidas en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad. Tomaré como referencia la regulación de las *falsas* –lo digo con todos los respetos– normas sobre transmisión del riesgo de la

¹⁰³ LILLEHOLT, 2011, p. 922. Con relación a la CVCIM dice SEVÓN, 1985, p. 193, que aunque las normas sobre transmisión del riesgo no se recurra al término entrega, es obvio que existe una estrecha relación entre ambas cuestiones. BRIDGE, 2008, p. 77, lo dice lisa y llanamente: la transmisión del riesgo se hace depender de la entrega (*delivery*). Pero se ve en la necesidad de advertir que la entrega debe entenderse a los efectos presentes de una manera no excesivamente técnica.

¹⁰⁴ A la cuestión de la metodología para regular la transmisión del riesgo en la CVCIM ya aluden ROTH, 1979, p. 293; HONNOLD, 1984, p. 8.2; ALCOVER GARAU, 1991, p. 82.

¹⁰⁵ LILLEHOLT, 2011, p. 929

¹⁰⁶ Reflexiona Díez-PICAZO, 2003, p. 1570, que en toda reforma se debe evitar que los destinatarios de las normas se vean metidos en los avatares en que el cambio de los esquemas mentales les sitúa.

CVCIM realizando un esbozo de cómo se podría reescribir en sede de cumplimiento que, en el actual ambiente que vivimos en España de revisión y actualización de nuestra regulación decimonónica del Derecho de obligaciones y contratos, acaso pueda tener interés. A ello dedicaré la segunda parte de esta tesis y se podrá comprobar una curiosidad: suele afirmarse que es la nueva concepción del *incumplimiento* lo que no deja espacio para la disciplina de la transmisión del riesgo, pero lo que me llevará más tiempo será reescribir tal disciplina en sede de *cumplimiento*.

Pero para cerciorarme de que estoy en lo cierto y que las normas sobre transmisión del riesgo son una duplicidad innecesaria, para asegurarme de que no realizo propuestas baldías y dejo atrás algo irrenunciable dando paso a otros problemas, es preciso pasar por el estudio de las antiguas normas sobre transmisión del riesgo. A ello dedicaré la primera parte de esta investigación. Cuanto mejor se comprenda su fundamento y funcionamiento, mejor se podrá valorar si han de pervivir o no en los actuales planteamientos de la vinculación contractual, el incumplimiento y los remedios.

En diversas ocasiones, he escuchado decir al Prof. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, que hay que formularse tres preguntas para valorar si procede o no una reforma o innovación legal sobre el tema de que se trate: ¿tenemos *algo* que no funciona? ¿podemos solucionarlo con los mecanismos de interpretación, corrección, auto-integración, etc. que ofrece el ordenamiento jurídico? ¿es posible otra regulación que lo mejore? En lo que concierne al expediente de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, es evidente que desde hace mucho tenemos una regulación que no funciona, que no hay mecanismo que lo solucione salvo someter a una literal ignorancia sus normas y que la mejoría de este problema pasa, al menos para mí, por la supresión de esta antigua disciplina.

OBJETIVOS

Los objetivos de la presente tesis quedan plasmados en la división en dos partes con la que he optado estructurar este estudio. En esencia, puedo afirmar que son dos los objetivos que justifica la presente investigación:

Por un lado, en la *Parte Primera* de este estudio trataré de conocer el verdadero alcance, fundamento y funcionamiento de las antiguas normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa con ánimo de comprender si, desde el punto de vista dogmático y práctico, se trata de una disciplina que encaje con el modo actual con el que se entiende la vinculación contractual, el incumplimiento y el sistema de remedios.

Por otro lado, en la *Parte Segunda*, y en la medida en que cuestiono la actual utilidad de seguir contando con específicas normas sobre transmisión del riesgo, trataré de reescribirlas en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y la conformidad, realizar un esbozo orientativo de cómo podría ser una futura regulación sin transmisión del riesgo en la compraventa y mostrar que la ausencia de estas normas no empece un funcionamiento normal del sistema de remedios ante el incumplimiento.

METODOLOGÍA

Del griego *μέθοδος*, el término «metodología» apela al camino a seguir; en este caso, a la racionalidad o procedimiento que se aplica en el desarrollo de una investigación científica.

La metodología de la presente tesis se ajusta al razonamiento argumentativo clásico y propio de los trabajos de investigación jurídica en el que se conjuga un análisis histórico y de derecho comparado con el análisis exegético de las normas y de su aplicación, proyectando una visión prospectiva para la que se ha tenido especialmente en cuenta el desarrollo teórico y normativo del nuevo

Derecho de la contratación. Como no puede ser de otra manera, se han consultado las fuentes originales, que han sido analizadas con la atención y pormenor propios del trabajo científico.

La tesis ha sido estructurada en dos partes y cada una de ellas se ajusta a la anterior metodología.

En la *Parte Primera*, se analiza el verdadero alcance, fundamento y funcionamiento de las vigentes –aunque antiguas– normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa. Es transversal a esta parte el análisis de los precedentes históricos de estas normas con el objetivo esclarecer su significado; el peso del Derecho romano, el Derecho intermedio y la etapa de la codificación son incuestionables en la materia que nos ocupa, si bien, como se acaba de anticipar, su estudio no se hace de modo sincrónico, sino al hilo de las concretas cuestiones suscitadas o de sus eventuales respuestas. El *Capítulo 1* se circunscribe a un análisis comparado intramuros de la regulación contenida en el Código civil y el Código de comercio españoles, ambos decimonónicos, con ánimo de clarificar si sus normas sobre transmisión del riesgo, distintas en la forma, responden a un mismo patrón o si están inspiradas en principios distintos u opuestos. Dado que la cuestión de la transmisión del riesgo se ha vinculado en ciertos ordenamientos jurídicos con el fenómeno de la transmisión de la propiedad, en el *Capítulo 2* se procede al análisis comparado extramuros: el estudio del ordenamiento jurídico francés e inglés y su comparativa con el español para observar si ambos asuntos –transmisión del riesgo y transmisión de la propiedad– están en verdad relacionados y pueden ser ligados o si responden a problemáticas separadas que exige o recomienda separarlas. El *Capítulo 3* continúa la comparativa entre los códigos españoles –civil y mercantil– y su inspirador *Code français* en un estudio casuístico de diversas modalidades de compraventa en las que entra en aplicación la disciplina de la transmisión del riesgo.

La *Parte Segunda* de la tesis adopta como punto de partida las conclusiones obtenidas en la primera parte. Se realiza un estudio de

los instrumentos internacionales que se enmarcan en el denominado nuevo Derecho de contratos y de diversas propuestas legislativas realizadas en el contexto jurídico español e inspiradas en aquellos. Se trata de un análisis crítico de las normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa que presentan. Tal estudio crítico se encauza a través de un razonamiento prospectivo en el que, paso a paso, se va prescindiendo, por innecesarias, de dichas normas. El *Capítulo 4*, centrado en el estudio del cumplimiento del contrato de compraventa y sus obligaciones típicas, plasma un esbozo normativo en el que se refleja que es posible omitir la disciplina de la transmisión del riesgo. El *Capítulo 5*, centrado en el incumplimiento del contrato, refuerza las conclusiones del capítulo anterior mostrando que el sistema de remedios no precisa coordinarse con unas supuestas normas sobre transmisión del riesgo.

PARTE PRIMERA UN SISTEMA CON TRANSMISIÓN DEL RIESGO

CAPÍTULO 1 TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

I. LECTURA DEL TENOR LITERAL DEL ART. 1452 CC A MODO DE INTRODUCCIÓN

En ningún caso cabe juzgar satisfactoria la letra del art. 1452 Cc; precepto clave en materia de transmisión del riesgo en la compraventa. Su redacción farragosa¹⁰⁷ y sus remisiones poco esclarecedoras han permitido a los intérpretes realizar lecturas de lo más dispares¹⁰⁸.

Dicho precepto dispone lo siguiente: «El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182./ Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida./ Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Una primera ojeada a la literalidad del artículo pone en evidencia que no se resuelve de forma metódica la cuestión de la transmisión del

¹⁰⁷ Para SCÆVOLA, 1970a, p. 573, se trata de un precepto de alcance y entendimiento enigmáticos; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 267, considera la norma de confusa inteligencia; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1144, califica la solución de tormentosa y GARCÍA CANTERO, 1991, p. 84, alude a su cabalística redacción.

¹⁰⁸ Con razón dice DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 366, que de las palabras del precepto cabría deducir la regla de que el riesgo corresponde al comprador como la contraria.

riesgo, obligando al lector a realizar un «largo periplo»¹⁰⁹ para llegar a conclusiones parciales y aumentar así la incertidumbre. Obsérvese también que el precepto carece de una terminología constante, lo cual dificulta la sistematización de la materia. Ello genera, además, dudas sobre los supuestos que regula y las consecuencias que sanciona, hasta el punto de que algunos niegan que la norma tenga por objeto la regulación del riesgo de la contraprestación¹¹⁰.

Comienza el 1452.1 Cc aludiendo al «daño a provecho»; expresión que algunos han interpretado con demasiada literalidad. Nos encontramos sin duda ante un vestigio del pasado. Desde la Compilación Justiniana (*commodum eius esse debet, cuius periculum* según I. 3, 23, 3, y *commodum incommodumque* en D. 18, 6, 7 pr.), pasando por nuestra legislación histórica (el «pro», el daño, la pérdida e empeoramiento al que aluden el Fuero Real, Libr. III, Tít. X, Ley 17 y la Part. Quinta, Tít. V, Leyes 23 y ss.), la fórmula llega a nuestro Código civil para condensar en ella todos los avatares negativos y positivos que puedan afectar a la cosa vendida en su materialidad. La expresión se consagra en su tiempo con ánimo de atenuar la imputación del riesgo de pérdida y deterioro al comprador mediante la atribución al mismo de los incrementos o mejoras que la cosa pueda experimentar¹¹¹. Por ello, debe leerse en un sentido amplio; comprendiendo en el «daño» lo que tradicionalmente se llama *periculum interitus* (pérdida de la cosa) y *periculum deteriorationis* (menoscabo o deterioro de la cosa)¹¹².

Para regular ese «daño o provecho», el art. 1452.1 Cc conduce en primer lugar al artículo 1096.3 Cc¹¹³, según el cual «si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos

¹⁰⁹ Expresión de MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1144.

¹¹⁰ Vid. Capítulo 1, II, 2.

¹¹¹ Vid. Capítulo 1, II, 1, A).

¹¹² ROCA SASTRE, 1948, p. 384.

¹¹³ Aunque el art. 1452.1 Cc se remite al art. 1096 Cc sin mayor precisión, únicamente procede aludir a su párrafo tercero, que es el que se refiere a los casos fortuitos.

fortuitos hasta que se realice la entrega». En segundo lugar, el art. 1182 Cc dispone que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora».

De esta concatenación de preceptos, el sentir general es que, si la cosa determinada se pierde o destruye sin culpa del vendedor, sin hallarse en mora o sin estar obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas, su obligación de entregar la cosa se extingue, quedando liberado; sufre el comprador el riesgo de la prestación. Sin embargo, subsiste el interrogante de qué sucede con la contraprestación de pagar el precio, en cuanto estas normas están destinadas a regular las obligaciones en general, no los contratos en particular, y se abstraen del carácter sinalagmático del contrato de compraventa¹¹⁴.

Como decía, el art. 1452.1 Cc se remite a unos preceptos que hablan de «casos fortuitos» en general (art. 1096.3 Cc) y de pérdida y destrucción en particular (art. 1182 Cc). Quizá ese enunciado genérico del 1096 Cc («serán de su cuenta los casos fortuitos») permita, en su literalidad, incluir tanto la pérdida y deterioro a los que pretende aludir la palabra daño del art. 1452.1 Cc¹¹⁵ aunque puede que no sea una preocupación a la que haya que atender¹¹⁶. Sea como fuere, la doctrina

¹¹⁴ Apreciaciones en este sentido en ALCÁNTARA SAMPELAYO, 1946, p. 505; ROCA SASTRE, 1948, pp. 393-394; BORRELL Y SOLER, 1952, p. 90; CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 85; PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59; MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 148; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 292-295; PUIG PEÑA, 1973, p. 137; PUIG BRUTAU, 1982, p. 174; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, p. 571; BADENES GASSET, 1995, p. 288; Díez-PICAZO, 2008a, p. 695. Como apunta MORALES MORENO, 2004, p. 1615 y 2006a, p. 21, el Código civil construye el régimen general de la obligación sobre el modelo romano de la obligación unilateral.

¹¹⁵ Dice BADOSA COLL, 1993, p. 24, que el art. 1096.3 Cc describe el riesgo como caso fortuito; fórmula que alude al daño que a su vez se divide en pérdida y deterioro e incluye la pérdida parcial.

¹¹⁶ En opinión de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 394, si la cosa solo se ha deteriorado la remisión a los mencionados preceptos legales no procede porque el vendedor siempre queda obligado a entregar la cosa menoscabada sin su culpa. Cfr. art. 1468.1 Cc.

no parece prestar demasiada atención a este posible matiz¹¹⁷ y, colocando el art. 1096.3 Cc junto al art. 1182 Cc, apunta que estos preceptos se refieren a la pérdida y destrucción de la cosa, quedando sin respuesta la pregunta de qué sucede con la contraprestación debida por el comprador. Recuérdese, según he apuntado, que no hemos de adentrarnos en el desarrollo y variantes de la imposibilidad sobrevenida que se ha construido alrededor de estos preceptos¹¹⁸ porque, según he expuesto en lo que concierne a la transmisión del riesgo en la compraventa, existe un parecer con el que yo me avengo según el cual estamos tratando eventos fortuitos que afectan físicamente a la cosa objeto del contrato. Nótese que los preceptos remitidos tampoco nos explican que sucede con el provecho de la cosa al que se refiere el art. 1452.1 Cc¹¹⁹. Parece asumirse como algo natural que deterioro y provecho sigan a la pérdida y destrucción de la cosa.

Por otro lado, el supuesto que regula el art. 1452.1 Cc tiene lugar «después de perfeccionado el contrato». Se trata, como dije, de un concepto discutido que, en una rápida y natural comparación con el art. 1450 Cc, parece referirse a la celebración del contrato; haciendo así saltar las alarmas ante la sinrazón que sanciona el Código civil. En efecto, la perfección del contrato, expresión tributaria de una larga evolución histórica, no recibe hoy en día el originario significado que tenía en materia de riesgos en la compraventa¹²⁰.

El art. 1452.2 Cc tampoco ofrece mayor aclaración. Refiriéndose a las compraventas *per aversionem*, también denominadas compraventas a ojo o en bloque, carece de previsión expresa y se remite al apartado

¹¹⁷ Afirma ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10242, que los artículos 1096.3 y 1182 Cc se ocupan exclusivamente de la pérdida, pero que no hay demasiadas dificultades para someter el deterioro a tal régimen.

¹¹⁸ *Vid.* Introducción, I.

¹¹⁹ En opinión de BORRELL Y SOLER, 1952, p. 92, estos preceptos no se ocupan más que el *damnum*, y no del *commodum*, dejando incompleta la doctrina del *periculum*.

¹²⁰ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, A).

anterior, el cual no presenta, a simple vista, una solución reglada en la materia.

Finalmente, se llega al art. 1452.3 Cc; único que parece arrojar algo de luz a la cuestión, a pesar de que el supuesto que regula y la salvedad final que establece también son objeto de controversia. En efecto, el precepto se refiere a la compraventa de cosas fungibles con relación a su peso, número o medida; hipótesis que proviene de las antiguas compraventas *ad mensuram*. En su momento abordó el alcance y supuesto de hecho que contempla el precepto. Por ahora, es suficiente señalar que la consecuencia que establece el precepto se muestra, al menos en principio, evidente —«no se imputará el riesgo al comprador hasta que [las cosas] se hayan pesado, contado o medido»— a excepción de la controvertida salvedad que establece la norma —que el comprador «se haya constituido en mora»— y que ya tendré ocasión de explicar. Sin embargo, la supuesta claridad de esta disposición se oscurece rápidamente por dos razones. Por un lado, la expresión «imputar el riesgo al comprador» es susceptible de diversas interpretaciones y algunos niegan que se refiera al riesgo de la contraprestación. Por otro lado, y partiendo de que el precepto sí regula dicho riesgo, su atribución al comprador no se produce por el mero hecho del pesaje, la cuenta o la medición; sino que estas operaciones, como explicaré en su momento, deben ir acompañadas de *algo más*¹²¹.

Ante este panorama, en el que las explicaciones dadas hasta el momento poco aportan para esclarecer la cuestión del riesgo de la contraprestación, cabe reprochar al legislador de 1889 el haber estructurado el art. 1452 Cc como un precepto de carácter remisivo en el que las normas remitidas, arts. 1096.3 y 1182 Cc, no resuelven la cuestión.

Según explica ALCOVER GARAU, ello puede deberse a que el art. 1452 Cc es copia del art. 1374 del Proyecto de Código civil de 1851, el

¹²¹ Vid. Capítulo 1, III y Capítulo 3, II, 2.

cual, como explicaré en su momento, se remitía a unas disposiciones que, al contrario de lo que sucede con los actuales arts. 1096 y 1182 Cc, sí regulaban expresamente la atribución del riesgo. Pero desde el momento en que el Código civil de 1889 rechaza el sistema francés de la transmisión de la propiedad *solo contractu*, con las implicaciones directas que conlleva en materia de riesgos, las previsiones específicas sobre el riesgo de aquellas disposiciones desaparecen¹²². Con ello, el actual art. 1452 Cc, que mantiene la estructura de su precedente como norma jurídica remisiva, pasa a ser una disposición incompleta al faltar la consecuencia jurídica que estaba encaminada a regular: la transmisión del riesgo al comprador¹²³. No obstante, y a pesar de que la solución del Proyecto de 1851 es más ordenada y está más sistematizada que la del actual Código civil, las explicaciones del autor no son plenamente satisfactorias. Ni el Proyecto de 1851 ni el *Code* de 1804, en el cual se inspira, contienen norma alguna que diga *expresamente* que la atribución del riesgo al comprador o al vendedor significa que aquél debe o no pagar el precio respectivamente. Al igual que sucede en el art. 1452 Cc¹²⁴, lo cierto es que cuando estos textos decimonónicos tratan el riesgo en la compraventa, *va de soi* que se refieren al riesgo de la contraprestación; rindiéndose así tributo a una tradición que viene de antiguo¹²⁵.

Con estos escasos mimbres —expresiones atávicas susceptibles de diversas interpretaciones, remisiones varias, hipótesis aparentemente dispares, reglas sobrentendidas sin clarificar y reglas expresas objeto de lecturas encontradas— comienza la discusión sobre la vigencia y

¹²² *Vid.* Capítulo 2, II, 1, *in fine*.

¹²³ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 31-32; quien estima que el legislador de 1889 no fue consciente de la omisión que se produjo al mantener el art. 1452 Cc como norma de remisión. Por su parte, SCÆVOLA, 1970a, p. 573, y ALONSO PÉREZ, 1972, p. 292, también lamentan que el art. 1452 Cc se limitase a reproducir formalmente el art. 1347 del Proyecto.

¹²⁴ Con acierto señala ABRIL CAMPOY, 2011, p. 72, que el art. 1452 Cc «es un precepto que por sí directamente, y de conformidad con las remisiones que en el mismo se realizan, disciplina efectivamente la cuestión de la atribución del riesgo en la compraventa».

¹²⁵ Como señalan DURANTON, 1846a, p. 434, y BOURBEAU, 1865, p. 130, ningún precepto dice textualmente que el comprador debe pagar el precio; pero la combinación de una serie de disposiciones conduce a la conclusión de que sí.

fundamento en Derecho español de la doctrina del riesgo en el contrato de compraventa. La apreciación común es que de la letra del art. 1452 Cc trasciende la solución romana sobre el riesgo a pesar de no estar formulada en términos explícitos¹²⁶. Cuestión distinta es el alcance que le conceden los distintos sectores doctrinales.

II. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DEL ART. 1452 Cc

1. Transmisión del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato de compraventa

En opinión de cierta corriente doctrinal, la regla contenida en el art. 1452 Cc determina que el riesgo de la contraprestación corresponde al comprador desde la celebración del contrato de compraventa o, con mayor concreción, desde la celebración del contrato de compraventa *de cosa determinada*; pues la obligación que recae sobre cuerpo cierto es el supuesto que, en el momento de la codificación, se eleva como paradigma de regulación en no pocos casos. Tenemos en sede de riesgos en la compraventa el ejemplo. Los argumentos en los que se basa este sector doctrinal para apoyar su posición son, en esencia, los que siguen:

En primer lugar, la honda tradición histórica de nuestro Derecho, sin fisuras desde el Derecho romano hasta la Codificación; en segundo lugar, la unión del daño y provecho en virtud del art. 1452.1 Cc y, por lo tanto, la asignación al acreedor de los *commoda obligationis* desde que *nace* la obligación de entrega (arts. 1095 y 1468 Cc respecto a los frutos y art. 1186 Cc para el *commodum subrogationis*); en tercer lugar, los argumentos *a contrario* basados en el art. 1452.3 Cc; en cuarto lugar, la inexistencia de un precepto que comprenda entre las

¹²⁶ ROCA SASTRE, 1948, pp. 392 y 394; CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 85; PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, pp. 58-59; MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 149; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 293 y 296; PUIG PEÑA, 1973, p. 137; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, pp. 440 y 571; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 84; Díez-PICAZO, 2010, p.115. En contra, ALCÁNTARA SAMPELAYO, 1946, p. 507.

causas extintivas de las obligaciones la extinción de la obligación recíproca y, en quinto lugar, la interpretación *a contrario* del art. 1096.3 Cc.

Son consideraciones que, a lo largo de la presente investigación, trataré de cuestionar, matizar y rebatir. Sea como fuere, ha calado muy hondo la aceptación, no sin crítica desde que PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER dirigen su mirada al § 446 BGB y lo comparan con el art. 1452 Cc¹²⁷, de que la regla en el ordenamiento jurídico español es la transmisión del riesgo al comprador *desde el mismo instante* de la perfección –léase conclusión– del contrato; chocante regla que parece abstraerse ya no solo de la bilateralidad del contrato, sino de todas las circunstancias que rodean a las partes contractuales y la cosa pues, si lo decisivo es que sea determinada, parece que no importa dónde se encuentre esta ni dónde se hallen aquellas. Parece que todo deviene de forma automática y sin importar que el contrato «no se haya echado a andar» todavía; sin que las partes se hayan vuelto a mirar, tras la celebración del contrato, con un ánimo de cumplir. No contamos con la panacea francesa de la atribución del riesgo al comprador porque ya es propietario (*res perit domino*)¹²⁸. O acaso la regla se justifica, en realidad, porque vendedor y comprador se encuentran frente a frente y con posibilidad de cumplir, pero, por alguna razón, no proceden a ejecutar el contrato; idea de la que devienen complejas teorías sobre un «retraso que a su vez no es retraso» y que en un primer momento nos impactan con su solidez, pero después nos hacen vacilar¹²⁹.

Pero la anterior imagen se me antoja, en realidad, un artificio sin sentido construido sobre la nada; sobre mitos acumulados con relación a una historia del pasado que no acabamos de comprender ni se acaba de cerrar. En nuestro Derecho positivo, como trataré de explicar, contamos con herramientas suficientes para concluir, después de un largo camino entre normas desordenadas en el que hay que

¹²⁷ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, pp. 58 y ss.

¹²⁸ *Vid.* Capítulo 2, II.

¹²⁹ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

desprenderse de muchas ideas preconcebidas, que la imagen que se acaba de describir es irreal¹³⁰. Sea como fuere, dos cosas son ciertas: por un lado, en el régimen dispositivo del Código civil español, la transmisión del riesgo al comprador se produce antes de la entrega, pero no *sin más* desde la conclusión del contrato. Lo explicaré. Por otro, uno no puede negar que el sentir común entre los analistas de las fuentes y nuestro Derecho histórico es que el riesgo, en efecto, se transmite al comprador desde la perfección del contrato.

Para las fuentes romanas, se dice que *normalmente* la máxima *periculum est emptoris* tiene aplicación en el momento de la perfección del contrato sin perjuicio de que se reconozca de inmediato que hay una serie de *excepciones* o casos en la *perfección* del contrato tiene lugar en un momento posterior a *su conclusión*¹³¹ (compraventa condicional, compraventa de cosas que se cuentan, pesan o miden, acuerdo de las partes, etc.; supuestos, estos y otros, que analizaré a su debido tiempo¹³²), siendo cita obligada el pasaje del D. 18, 6, 8, pr.¹³³. Pero el término perfección de la compraventa, expresión tributaria de

¹³⁰ Vid. Capítulo 1, III, 2.

¹³¹ LONGO, 1944, p. 212; KASER, 1965, p. 192; ZIMMERMANN, 1996, p. 283; KASER/KNÜTEL/LOHSE, 2022, pp. 441-442. Reflexionan sobre la regla, haciendo coincidir celebración del contrato y atribución del riesgo al comprador, WINDSCHEID, 1904, p. 82; SCHULZ, 1960, p. 509; WATSON, 1965, p. 72.

¹³² Vid. Capítulo 3.

¹³³ D. 18, 6, 8, pr.:

«Es necesario saber cuándo se hace perfecta la compra, y entonces sabremos de quién es el riesgo, pues al quedar perfeccionada la compra corresponderá el riesgo al comprador. Y si consta claramente lo que se vendió, la calidad, la cantidad y el precio, y se hubiese vendido sin condición, se perfecciona la compra; pero si se hubiese vendido bajo condición y ésta se frustrara, la compra es nula, como también la estipulación. (...) (Paul. 33 ed.)».

«PAULUS libro trigésimo tertio ad edictum
Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit, appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: (...)».

Todos los textos del *Corpus Iuris* utilizados en este estudio son de la versión de MOMMSEN/KRUEGER, 1973. Todas las traducciones del Digesto son de D'ORS / HERNÁNDEZ-TEJERO / FUENTESECA / GARCÍA-GARRIDO / BURILLO, 1968, y las de las Instituta de GARCÍA DEL CORRAL 1889 (1988).

una larga evolución histórica, no recibe en el Código civil el originario significado que tenía en materia de riesgo en la compraventa. El término es equivalente a la conclusión del contrato, mientras que en el ordenamiento jurídico francés conserva una rica polivalencia¹³⁴. La cuestión la abordaré en su momento y ello nos obliga a realizar una serie de adaptaciones. Sea como fuere, lo importante a destacar ahora es esa idea de que atribución del riesgo al comprador tiene normalmente lugar con la perfección/conclusión de la compraventa.

Con relación a la legislación histórica española, hay que esperar a al Fuero Real¹³⁵ y, sobre todo, a las Partidas¹³⁶ para encontrar una

¹³⁴ Vid. Capítulo 2, II, 1.

¹³⁵ Fuero Real, Libr. III, Tít. X, Ley 17:

«Si algún home vendiere casam ò caballo, ò otra cosa cualquier: è si despues que la vendida fuere cumplida, la casa ardieren, ò cayere, ò el caballo se muriere, ò otro daño cualquier le viniere ante que lo haya rescebido el comprador, el daño sea de aquel que la compró, y el pro: otrosí, si en alguna cosa mejoráre la cosa vendida, y esto sea si el vendedor no alongó de dar la cosa vendida, ò si no se perdió por su culpa, ò si no fizo Pleyto, que si se perdiese, ò si se dañase, que el daño fuese suyo, y no del comprador: ca estas tres cosas el vendedor debe haber daño, è no el comprador; pero si algun pro y viniere, sea del comprador». Texto tomado de DÍAZ DE MONTALVO, 1781, pp. 208-209.

Concuerda DÍAZ DE MONTALVO, 1781, p. 208, esta Ley con la Part. Quinta, Tít. V, Leyes 23 a 27. Sobre la compraventa «cumplida» apunta: «*Hoc enim est naturale quòd venditione perfecta, commondum, & incommondum quòd rei venditae contingit, pertineat ad emptorem*».

¹³⁶ Part. Quinta, Tít. V, Ley 23:

«Si uno vendiere casa, caballo ú otra cosa cualquiera, y despues de verificada la venta, y antes de hecha la entrega al comprador, se quemare ó arruinare la casa, se muriese el caballo, ó suciediere otro daño, recaiga sobre el comprador mismo; entendiéndose esto en el caso de que el vendedor no hubiere retrasado dicha entrega, ni tenido culpa en la pérdida, ni pactado que el daño que ocurriera recayese sobre él, y no sobre el comprador; pues habiendo tal retraso, culpa ó pacto, el daño recaerá sobre el vendedor, y no sobre el comprador. El beneficio que resulte en la cosa vendida será de este mismo». Texto adaptado de MUÑOZ MARTÍNEZ, 1881a, pp. 86-87.

formulación de la doctrina del riesgo en la compraventa; doctrina que, como señala con agudeza FERNÁNDEZ ESPINAR, no se encuentra en la mayoría de las fuentes medievales debido al carácter real que generalmente presenta la compraventa de esta época¹³⁷. ARIAS RAMOS / ARIAS BONET concuerdan la Ley de Partidas, antes que con los textos de Azón o Placentino¹³⁸, directamente con las fuentes romanas y con

«Cvmplese la vendita en dos maneras, segund diximos en el en el comienço deste libro en este Titulo, en la vna se faze en escrito, la otra sin el: e quando la compra se faze sin escrito, aueniendose el comprador con el vendedor, el vno de la cosa, e el otro del precio; dende adelante, el daño que viniesse en la cosa, es del comprador. Esso mesmo dezimos, quando se faze por escripto, que luego la carta es acabada [...]. Otrosi dezimos, que complida seyendo la vendita, en alguna de las maneras que de suso diximos, que la pro que despues viene a la cosa comprada, seria del comprador, manguer la cosa non fuesse pasada a su poder [...]. Ca quisada cosa es, que como a el pertenesce el daño, segund diximos, si la cosa se perdiesse, o se empeorasse; que le pertenesca otrosi la mejoría, que en ella viniere». Tomo el texto de BERNÍ Y CATALÁ, 1767, pp. 46-47.

«Haciéndose la venta sin escrito, el comprador desde que haya convenido con el vendedor en la cosa y en el precio, sufrirá el daño que venga á esta: si se hubiese de hacer escritura, le sufrirá desde que esta quede hecha y la firmen los testigos; no obstante que la cosa no haya pasado a tal comprador, siempre que no haya sido por culpa del vendedor. Del mismo modo, verificada en la forma dicha, el aumento ó valor que llegue á tener la cosa comprada será del comprador, aunque no hubiese pasado todavía á su poder». Tomo el texto adaptado de MURO MARTÍNEZ, 1881b, pp. 121-122.

¹³⁷ FERNÁNDEZ ESPINAR, 1955, pp. 496-497: «una doctrina sobre riesgos sólo es posible cuando se difiere la entrega de la cosa, cuando hay un cierto período de tiempo entre el acuerdo u el momento de la entrega. Por ello, la doctrina del *Fuero de Soria* y el *Fuero Real* es marcadamente romana». Explica el autor que algunos de los preceptos del *Fuero de Soria* pasan después al *Fuero Real*.

¹³⁸ Explica ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 240-245. que poco puede decirse de la pervivencia del *periculum emptoris* en el *ius commune*; pues se repite «con monotonía y uniformidad». En la Baja Edad Media en los textos de Azón y Placentino. Ya en la Edad Moderna, en los textos de Francisco de Somoza, Donello, Heinecio, Vinnio, D'Avezan, Pothier o Voet. A la magna obra del profesor de Salamanca me remito. Destaca el autor cierta corriente desviacionista de la mano de Cuyacio hacia *res perit venditori* y de la Escuela de Derecho natural hacia *res perit domino* que habría influenciado en el codificador francés. A la cuestión aludo más adelante. *Vid.* Capítulo 2, II, 2, B), i). RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 24-25, repara en los textos de Accursio, Cino de Pistoya, Bártolo y Baldo; quienes se mantienen fieles a la regla *periculum est emptoris* pero reafirmando sus excepciones. En opinión del autor, se detecta cierta insatisfacción con la norma recibida entre los juristas medievales.

expresa mención en esta ocasión a I. 3, 23, 3¹³⁹; pasaje con la que guardaría parecido en el tono pedagógico y en la forma¹⁴⁰. Explica ALONSO PÉREZ que ningún texto legal español desarrolla con tanta amplitud y fidelidad la doctrina romana del *periculum emptoris*; transcribiéndose en lengua romance la disciplina reflejada en el Compilación justiniana¹⁴¹. RODRÍGUEZ-ROSADO destaca que los autores de los siglos XVI y XVII van poco más allá de una exposición y explicación doctrinal de los textos de las Partidas y que no existe apenas referencias al fundamento de la regla *periculum emptoris*¹⁴². Y

¹³⁹ I. 3, 23, 3:

«§ 3. Mas luego que se hubiere contratado la compraventa (lo que hemos dicho que se verifica al punto que se hubiere convenido en el precio, cuando el negocio se hace sin escrito), el riesgo de la cosa vendida pertenece desde luego al comprador, aunque todavía no se le haya entregado la cosa. Así, pues, si un hombre hubiera muerto ó hubiere sido lesionado en alguna parte de su cuerpo, si la casa, en todo ó en parte, hubiera sido consumida por un incendio, si el fundo en totalidad ó en alguna parte hubiere sido arrasado por la fuerza del río, ó si aún por la inundación de las aguas, ó porque los árboles hayan sido arrancados por un torbellino, hubiese comenzado á ser considerablemente menor ó á estar deteriorado; el daño es del comprador, para quien es necesario, aunque no hubiere obtenido la cosa, pagar el precio: pues el vendedor está á seguro respecto de lo que ha sucedido sin dolo ni culpa de su parte. Mas si también después de la compra se ha agregado algo por aluvión al fundo, pertenece el provecho al comprador: porque el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo».

«Cum autem emptio et venditio contract sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, 'cum sine scriptura res agitur'), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minora ut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cuinecesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditur securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est».

¹⁴⁰ ARIAS RAMOS / ARIAS BONET, 1965, pp. 373-374.

¹⁴¹ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 271. Con anterioridad, dice SCÆVOLA, 1970a, p. 575: «excusado es decir que la legislación de Partida, tan profusa y abundante sobre el particular, es una paráfrasis de que el Derecho romano dispuso».

¹⁴² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 66-67. Repara el autor en los textos de Ibáñez de Faria; que parece ser el único en abordar la cuestión del fundamento de la regla romana y reconoce

los tratadistas de la época precodificadora realizan la lectura esperable.

En las revisiones del que se tiene a bien denominar *Febrero Novísimo* se puede leer: «Aunque en la venta pura é irrevocable no se haga la tradicion, ni pase á poder del comprador la cosa, es de su cuenta y no del que se le vende, el provecho y daño que acaezca en ella despues de convenidos en el precio [...]». Se ponen al lado los casos particulares: la compraventa sometida a condición, la compraventa de cosas que se cuentan pesan o miden o de cosas que se acostumbran probar o gustar, etc.¹⁴³. Dicen GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN: «Aunque hasta la entrega, el comprador no es señor de la cosa vendida, cuando esta es determinada le pertenece su peligro; esto es, que en el caso de perecer, es la perdida para él, y que de su cuenta son los aumentos ó menoscabos que tenga, pues que el vendedor, como deudor de especie se liberta por su pérdida». Y al lado de estos supuestos, se vuelven a poner los otros casos particulares¹⁴⁴. DOMINGO DE MORATÓ ya describe que junto a la regla de que «el peligro de la cosa vendida y no entrega, será á cargo del comprador», hay una serie de «escepciones»¹⁴⁵. Y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ señala que son de cuenta del comprador los daños, pérdidas y mejoras siempre que «la compra esté perfecta, que la cosa sea especifica y determinada» y destaca la «escepcion»¹⁴⁶ de la compraventa de cosas que se cuentan, pesan, miden y prueban. Dice el autor: el contrato «no está perfecto antes que estas se especifiquen en cuanto á trasferir al comprador el peligro de su pérdida; lo está, sin embargo, respecto a las demás

que no es capaz de encontrar otro fundamento que el hecho de que los frutos de la cosa se atribuyen al comprador.

¹⁴³ GUTIÉRREZ, 1825, pp. 420-421; DE TAPIA, 1837, pp. 148-149; GARCÍA GOYENA / AGUIRRE, 1844a, pp. 9-10. Ya es el proceder de JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO / DE MANUEL Y RODRIGUEZ, 1786, pp. 207-208: «el daño, y mejora, pertenecen al comprador luego que este, y el vendedor se avengan en la cosa, y en el precio». A lado de esta regla, los restantes casos. Concuerta con Part. Quinta, Tít. V, Leyes 23 y ss.

¹⁴⁴ GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, 1874, pp. 252-254.

¹⁴⁵ DOMINGO DE MORATÓ, 1877, pp. 409 y ss.

¹⁴⁶ ARIAS RAMOS / ARIAS BONET, 1965, p. 374, hablan del «régimen especial».

obligaciones»¹⁴⁷. La influencia de POTHIER es evidente en esa diferenciación entre compraventa perfecta en el sentido de concluida y compraventa perfecta a efectos de transmitir el riesgo¹⁴⁸; diferenciación que, en cambio, no se aprecia en otros autores¹⁴⁹. En su momento veremos que tal influjo llega al *Code français*, donde además se quiere que la perfección también aluda al momento de la transmisión de la propiedad¹⁵⁰.

Como decía, el concepto de la perfección no pervive en el Código civil con el anterior y plural significado: la perfección del contrato alude a su fuerza obligatoria sancionada por el consentimiento de las partes sobre el objeto. Dice el art. 1258 Cc, situado entre las disposiciones generales aplicables a todo contrato, que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento [...]»; idea recogida en sede de compraventa en el art. 1450 Cc, según el cual «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado». Y, como sabemos, el art. 1452.1 Cc también abre la regulación del riesgo apelando a la perfección del contrato.

¹⁴⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, pp. 305-306. *Vid.* GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, 1843, p. 374: «La cosa que se vende ha de ser determinada, por lo que en las ventas al gusto, peso, número y medida no queda perfeccionada la compra *en cuanto al peligro* [...]». La cursiva es añadida.

¹⁴⁸ POTHIER, 1844b, p. 190 y ss.

¹⁴⁹ SALA, 1832, p. 246, reserva claramente el término perfección para la conclusión del contrato —«perfeccionándose este por el consentimiento [...]»—. Para la cuestión del riesgo, dice: «perfeccionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el detrimento ó perjuicio que haya sucedido en la cosa vendida sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado el dominio de ella al comprador; y de la misma manera es suyo todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa; pues guisada cosa es que á quien pertenece el peligro ó daño, le pertenezca también el provecho». En este sentido ESCRICHE, 1845, pp. 574-575: para el autor, la perfección del contrato alude a su carácter vinculante. Desde ese momento, explica, todo daño y provecho corresponde al comprador, *menos* en una serie de casos.

¹⁵⁰ *Vid.* Capítulo 2, II, 1.

Lo cierto es que, en los distintos proyectos del Código, el término perfección siempre ha aludido a la conclusión del contrato. La estructura del capítulo que abre la regulación de la compraventa en el Código actual –«De la naturaleza y forma de este contrato»– sigue el esquema fijado por Proyecto de Código civil de 1836; cuyo capítulo inaugural en sede de compraventa tiene por rúbrica «De la naturaleza de este contrato, de los requisitos necesarios para que sea válido y del modo de otorgarlo». Se establece en su articulado una serie de casos en los que, a diferencia de la compraventa de cosa cierta y determinada del art. 1012¹⁵¹, el contrato no está perfeccionado, es decir, *no está concluido*. Así, por ejemplo, para la compraventa condicional –art. 1013¹⁵²–, la compraventa de cosas que se cuentan, pesan o miden –art. 1016¹⁵³– o la compraventa de cosas que no se tienen a la vista –art. 1019¹⁵⁴–. El art. 1020 del Proyecto establece la consecuencia para el riesgo: «perfeccionada la venta [esto es, concluido el contrato], es de cargo del comprador el detrimento o daño [...]»¹⁵⁵.

¹⁵¹ Art. 1012 Proyecto de Código civil de 1836: «Para que sea válido este contrato se necesitan los requisitos siguientes: 1.º Idoneidad en los contrayentes y libre consentimiento de los mismos. 2.º *Una cosa cierta y determinada*. 3.º Precio fijo y determinado». Cursiva añadida.

¹⁵² Art. 1013 Proyecto de Código civil de 1836: «La venta puede hacerse simplemente o bajo condición. En este segundo caso *no se perfecciona hasta* que se verifica la condición, con arreglo al principio sentado en el art. 875». Art. 875: «Las obligaciones cuyo cumplimiento depende del suceso de una condición *no se reputan contraída* ni producen efecto hasta que se haya verificado aquélla». Cursiva añadida.

¹⁵³ Art. 1016 Proyecto de Código civil de 1836: «En las cosas que se venden por número, peso o medida, o que según costumbre o uso común se prueban o gustan antes de comprarse, *no hay venta hasta* que se hayan contado, pesado, medido o probado, y conformándose el comprador». Cursiva añadida.

¹⁵⁴ Art. 1019 Proyecto de Código civil de 1836: «En la compra de cosas que no se tienen a la vista, se presume en el comprador la reserva de examinarlas por sí o por apoderado suyo, y hasta que esto se verifique *no está perfeccionado el contrato*; por consiguiente, podrá el comprador retractarse de él si no le conviniere la cosa». Cursiva añadida.

¹⁵⁵ Art. 1020 Proyecto de Código civil de 1836: «*Perfeccionada la venta*, es de cargo del comprador el detrimento o daño que desde entonces acaezca a la cosa sin culpa del vendedor y, por el contrato, hará suyo el aumento o la mejora que tenga la misma». Cursiva añadida.

El Proyecto de 1851, a pesar de su afrancesamiento, no se libra del influjo del Proyecto de 1836 y también reserva el término perfección para referirse *primeramente* a la conclusión del contrato. Extiende el concepto a la parte general –art. 978¹⁵⁶, antecedente del actual art. 1258 Cc– a diferencia del Proyecto anterior y, en sede de compraventa, los arts. 1372¹⁵⁷ y 1374¹⁵⁸ son los precedentes de los actuales arts. 1450 y 1452 Cc. Sobre las normas del Proyecto de GARCÍA GOYENA hago mención particular al hilo de estudiar el *Code*¹⁵⁹.

Dice ATAZ LÓPEZ que el art. 1452 Cc se encuentra *aparentemente* desubicado; situado en el centro de cinco preceptos relacionados con la perfección/conclusión del contrato y el inicio de su obligatoriedad cuando su objetivo es regular la cuestión del riesgo que «aparentemente, no tiene nada que ver con la anterior»¹⁶⁰.

Acaso el orden de colocación del precepto podría ser más afortunada. Pero es el resultado de una larga historia de influjos diversos en la que las dos cuestiones que señala el autor no han sido ajenas¹⁶¹. La

¹⁵⁶ Art. 978 Proyecto de Código civil de 1851: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento [...]».

¹⁵⁷ Art. 1372 Proyecto de Código civil de 1851: «La venta se perfecciona entre las partes y es obligatoria por el solo convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque aquélla no se haya entregado, ni éste satisfecho».

¹⁵⁸ Art. 1372 Proyecto de Código civil de 1851: «El daño o provecho de la cosa vendida después de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los artículos 981, 1006 y 1160./ Esta regla es aplicable a la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, o sin consideración al peso, número o medida./ Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número o medida, no se transferirá el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado o medido, a no ser que se hubiere constituido en mora».

¹⁵⁹ *Vid.* Capítulo 2, II, 1, *in fine*.

¹⁶⁰ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10238.

¹⁶¹ Sí tiene razón el autor cuando señala que, entre estas y otras influencias, el art. 1450 Cc es finalmente una norma que se limita a consagrar la naturaleza consensual de la compraventa; norma por lo tanto prescindible y cuya función queda limitada a aclarar posibles dudas y repudiar antecedentes que en enmarcaban en el punto de vista contrario. *Ibidem*, pp. 10220-10221. Lo cierto es que una misma lectura se podría hacer de su homólogo el art. 1583 *Code*; norma, como tal, prescindible pero aclaratoria del complejo art. 1138 *Code*. *Vid.* Capítulo 2, II, 1.

perfección a efectos de la conclusión del contrato siempre ha estado vinculada a la perfección a efectos de la transmisión del riesgo. El Proyecto de 1836 es un ejemplo de las dudas –que finalmente no fructifican– sobre la obligatoriedad de la compraventa condicional y de cosas que se cuentan, pesan o miden; dudas que ya están en DOMAT¹⁶². Por su parte, los preceptos del *Code* de los que deviene el art. 1452 Cc también mezclan la perfección a efectos de la transmisión de la propiedad y la perfección a efectos de la transmisión del riesgo; aunque el autor diga que solo se dedican al primer aspecto¹⁶³. Son cuestiones que se irán abordando a lo largo de esta investigación. Basta por el momento con señalar ese diverso significado del término perfección; polivalencia que, como decía, si bien parece abandonar el Código civil español, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos su recuerdo en la Ley 563 CDCFN¹⁶⁴.

A lo que ahora interesa, independientemente del hecho de que el Código civil haga equivaler perfección a conclusión del contrato, la lectura que se hace del art. 1452 Cc no es muy distinta a la que hemos descrito en las anteriores páginas: la doctrina colige del precepto que el riesgo se atribuye al comprador desde la perfección/conclusión del contrato de compraventa sin más cortapisas que la lista, más o menos larga, de *excepciones* que se opone a la regla¹⁶⁵; excepciones no ya a

¹⁶² DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. VII, V y VIII*), dice que en estos casos «*il n'y a point de vente*».

¹⁶³ El art. 1585 *Code*, correspondiente al art. 1452.3 Cc, señala que hasta que las cosas se cuentan, pesan o miden, «*la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur*».

¹⁶⁴ Ley 563 CDCFN: «Contrato de compraventa. El contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento de las partes sobre sus elementos esenciales, pero, cuando se trate de cosas fungibles, a tanto por unidad, no se perfecciona hasta que se hayan contado, pesado o medido. Cuando se haya convenido la perfección mediante una forma determinada, se aplicará lo dispuesto en la ley 17». Entiendo que cabe discutir si la referencia a la «perfección» en la compraventa de cosas que se cuentan pesan o miden alude a la obligatoriedad del contrato, a semejanza del Proyecto de 1836, o a la transmisión del riesgo en un contrato ya celebrado.

¹⁶⁵ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59, y BADENES GASSET, 1995, p. 288, dicen expresamente que la regla general es que el comprador asume el riesgo desde el momento de la celebración del contrato; aunque para los primeros autores el Código «no contiene una regla terminante», tal es el parecer general de la doctrina. Ello también se deriva del discurso

la perfección del contrato, sino solo a la transmisión del riesgo. Y si esta es la tradición ininterrumpida desde los precedentes romanos que hemos heredado¹⁶⁶, cabe preguntarse si el fundamento que se ha querido dar a la histórica regla *periculum est emptoris* es útil para comprender el art. 1452 Cc; para eliminar de alguna manera ese halo de incomprensión y recelo que lo rodea.

Se han presentado distintos razonamientos con los que se han tratado de explicar bien el preciso fundamento jurídico de la regla romana, bien su supuesta excepcionalidad en sede de contratos bilaterales. Aquí realizo una somera aproximación a alguna (solo alguna¹⁶⁷) de estas reflexiones arrancadas de su contexto. Reconozco que se trata de un proceder artificioso; pero es útil hacerlo. A lo largo de la presente investigación, veremos que distintos argumentos que se utilizan para explicar las normas codificadas sobre el riesgo en la compraventa son, en mayor o menor medida, reproducción y eco de teorías del pasado.

de BORRELL Y SOLER, 1952, pp. 90-94; PUIG PEÑA, 1973, pp. 136-137, aunque estos autores no digan textualmente que al hablar de perfección se refieren a la conclusión del contrato. También, en este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, 1956, pp. 83-86; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, pp. 570-571; MANRESA Y NAVARRO, 1969, pp. 148-149, si bien estos autores apuntan que la «solución racional» sería la de imputar los riesgos al vendedor como hace el § 446 BGB. Por su parte, GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 85 y 87, parece seguir en un primer momento el razonamiento de Alonso Pérez. Pero a continuación señala que, con la referencia a la perfección en el art. 1452.1 Cc, el legislador quiere hacer referencia a la concepción actual que se tiene de dicho término.

¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, 1979, pp. 15-16, apela a la «invariable tradición histórica de donde procede» el precepto.

¹⁶⁷ De enorme interés son las teorías de las soluciones articuladas que, sin negar que el riesgo puede ser atribuido al comprador en el Derecho clásico, no analizan la cuestión en torno al *periculum est emptoris* como una máxima vigente en la totalidad de dicha etapa sino que propugnan la existencia de soluciones en un sentido (atribución del riesgo al comprador) u otro (atribución del riesgo al vendedor). *Vid.* MACCORMACK, 1985, *passim*, esp. pp. 573-575 y sobre todo TALAMANCA, 1995, *passim*, donde el autor plasma un trabajo en progreso (p. 292) que, con deferencia a una larga cronología y al *ius controversum*, reflejaría la evolución acaecida en materia de *periculum rei venditae*. Le sigue SILVEIRA MARCHI, 2001, pp. 388-391.

A) Fundamentos que no convencen: germen del recelo

Se ha dicho que la regla *periculum est emptoris* tiene su origen en la antigua venta al contado. Según describen unos, aunque el resultado pueda chocar teniendo en cuenta el carácter recíproco de las obligaciones de las partes y la buena fe, todo ha de acontecer como si la compraventa se ejecutase en el momento de su conclusión para no extender la responsabilidad del vendedor a un campo, el del riesgo, que le es ajeno¹⁶⁸. Para otros, la reciprocidad es una idea que los juristas clásicos no comprenden en toda su extensión desde un principio y probablemente el aforismo *periculum est emptoris* se trate de una regla preclásica¹⁶⁹. Y hay quienes se limitan a señalar que procede de la antigua venta manual que continúa influyendo en la estructura de la compraventa consensual clásica¹⁷⁰, si bien no se descarta que se trate de una generalización justiniana de particulares decisiones clásicas dado que no se armoniza con el contrato consensual que determina el nacimiento de obligaciones interdependientes¹⁷¹.

Esta postura ha sido criticada¹⁷². Muy atrás queda esa práctica correspondiente a una época protohistórica y con economía sin desarrollar en la que se recurre a la permuta de cosa por cosa¹⁷³;

¹⁶⁸ CUQ, 1928, p. 461. *Vid.* también SALEILLES, 1925, p. 202; VOCI, 1994, p. 450.

¹⁶⁹ JÖRS/KUNKEL, 1937, pp. 327-328; a quien también descarta la apelación a la *bona fides*.

¹⁷⁰ PEROZZI, 1928b, p. 269; KASER, 1968, p. 188, WOLF, 2001, p. 39; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, 2022, pp. 441-442.

¹⁷¹ BURDESE, 1964, p. 537.

¹⁷² Resultan interesantes las reflexiones de TALAMANCA, 1995, p. 293: desde el punto de vista de lógica abstracta, estaría igualmente justificado afirmar que un sistema basado en la máxima *periculum est venditoris* está influenciado por el originario intercambio simultáneo de la cosa y el precio debido a que, sujeto a una perspectiva que se funda en la simultaneidad del intercambio, el pago del precio se justifica en tanto en cuanto el comprador obtenga la cosa. Así las cosas, sostiene el autor que el influjo del intercambio simultáneo entre cosa y precio a la hora de regular la distribución del riesgo en la compraventa se prestaría para explicar tanto el *periculum venditoris* como el *periculum emptoris* y, en su opinión, mejor se adapta al primero que al segundo, tal y como se confirma en los textos de Alfeno [D. 18, 6, 13 (12) y D. 18, 6, 15 (14)].

¹⁷³ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 154.

práctica común a todos los pueblos¹⁷⁴ que, aunque no se abandona¹⁷⁵, da paso¹⁷⁶, junto a un proceso no inmediato en el que se desarrolla un sistema monetario¹⁷⁷, a la compraventa primitiva de ejecución al contado. Y en un contexto en el que el hecho jurídicamente relevante es el intercambio simultáneo¹⁷⁸ y la compraventa real (que se encauza a través de *traditio*¹⁷⁹ para la *res nec Mancipi* y la *Mancipatio*¹⁸⁰ para la *res Mancipi*¹⁸¹) constituye un régimen suficiente para las

¹⁷⁴ SCIALOJA, 1907, p. 23; JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 130.

¹⁷⁵ MASCHI, 1956, p. 367.

¹⁷⁶ «Da paso» desde una perspectiva histórica o socio-económica pero no jurídica, recalca ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 4. El mero cambio o trueque antecede a la compraventa en cuanto es el único medio que existe en una época temprana para alcanzar los propósitos comerciales que se consiguen con la compraventa una vez aparecida la moneda. Pero el instituto jurídico de la compraventa no deriva de la permuta, pues ésta sólo se reconoce como figura negocial autónoma en un momento posterior. *Vid.* MASCHI, 1956, pp. 365-367 y BIONDI, 1965, p. 484.

¹⁷⁷ Descripción del proceso en SCIALOJA, 1907, pp. 24-29; ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 12.

¹⁷⁸ Si con anterioridad a su ejecución las partes adoptan eventualmente algún acuerdo sobre la cosa y el precio –lo cual para ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 37, parece evidente–, ello carece de trascendencia; el Derecho romano antiguo, explican JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 324, no atribuye ningún valor al mero consentimiento. LONGO, 1944, pp. 151-152: el único hecho jurídicamente relevante es el intercambio simultáneo, el cual no se considera ejecución de un acuerdo precedente, sino acto constitutivo de la compraventa; de ahí la denominación de compraventa manual o real.

¹⁷⁹ Respecto a la compraventa al contado de las cosas que por aquel entonces se consideran de menor valor (la *res nec Mancipi*), carecemos de pruebas escritas. Sin embargo, la doctrina admite pacíficamente que se realiza manualmente mediante un intercambio inmediato (*traditio*) de la cosa y el precio. SCIALOJA, 1907, p. 158; JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 89; LONGO 1944, p. 153; ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 40-41; MASCHI, 1956, p. 366; TALAMANCA, 1990, p. 582; ZIMMERMANN, 1996, p. 237. ARANGIO-RUIZ, 1989, p. 337, plantea que tal sistema de cambio puro y simple debe de surgir con anterioridad a la *Mancipatio*.

¹⁸⁰ Explica KASER, 1962, pp. 9-12, una serie de circunstancias que permiten inducir que la *Mancipatio* se remonta a una época en la que se configura como compraventa al contado; aunque, como indica ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 18-34, la que mejor se conoce es la *Mancipatio* de la época clásica, la cual ya no es una venta al contado.

¹⁸¹ Explica ARIAS RAMOS, 1951a, pp. 88-89, que la diferenciación entre la *res Mancipi* y *res nec Mancipi* es propia del Derecho antiguo y clásico. Entre las primeras, se encuentran los fundos *in solo italico*, los esclavos, los animales de tiro y carga, así como las servidumbres sobre los fundos rústicos. Las restantes cosas son *res nec Mancipi*. Tal clasificación es muestra de una economía todavía agraria en las que el exponente de riqueza lo constituye la *res Mancipi*, cuya comercialización está sujeta a determinadas formalidades. En opinión del autor, a pesar de que la expansión romana y el desarrollo de la economía ya no justifica su diferente tratamiento, esta tipología de cosas se mantiene hasta el Derecho justiniano. La diferenciación entre ambas tipologías de cosas ha servido a algún autor para sostener que, a efectos del reparto de los riesgos, el Derecho clásico distingue entre la *res Mancipi* y la *res*

necesidades de una sociedad de economía sencilla¹⁸², dice IHERING que no se plantea la cuestión del riesgo; no es posible que surja en la forma más simple de compraventa en la que comprar y vender significa tomar y dar al instante. El autor critica el recurso a la ficción de que el vendedor ha cumplido con su obligación; ficción que no explica el fundamento de la máxima *periculum est emptoris*, sino que la repite con otras palabras, y se pregunta por qué los jurisconsultos recurren a tal ficción en la compraventa y no en otros contratos similares¹⁸³. La transmisión del riesgo se explica a la luz de una situación más desarrollada. Se corresponde a un derecho comercial y no a un sistema rudimentario¹⁸⁴; está vinculada al nacimiento¹⁸⁵ de la compraventa consensual y obligatoria¹⁸⁶, donde conclusión y

nec Mancipi debido a las diferentes reglas que regían la transmisión de la propiedad de tales cosas (cfr. MEYLAN, 1950b, pp. 258-263 y MEYLAN, 1951, pp. 394-407).

¹⁸² ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 45.

¹⁸³ IHERING, 1862, pp. 19-20.

¹⁸⁴ SCIALOJA, 1907, p. 169; BUCKLAND, 1939, p. 282. En cambio, WATSON, 1965, p. 69 opina que la cuestión se sigue tratando como en las antiguas compraventas al contado a pesar del desarrollo del comercio.

¹⁸⁵ ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 46, 82 y 87, define la compraventa de la etapa clásica, cuya plena admisión sitúa no antes del siglo III y principios del II a.C., como el contrato consensual y bilateral en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir el pacífico disfrute de una cosa, denominada mercancía, mientras que la otra parte se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero, denominada precio. Aunque el autor afirma no existir ningún testimonio documental categórico de esta cronología, apunta que ningún otro dato la contradice.

¹⁸⁶ DE VISSCHER, 1914, p. 40. Como señala LONGO, 1944, p. 151, la evolución del contrato de compraventa es una cuestión oscura pues, aunque conocemos suficientemente el punto de partida y con seguridad el punto de llegada, del desarrollo intermedio únicamente cabe hacer conjeturas. También ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 18; VOLTERRA, 1988, p. 497, aluden a la difícil reconstrucción de sus fases evolutivas. IGLESIAS, 2007, p. 260, resume las seis hipótesis manejadas al respecto; todas ellas objeto de rectificaciones, adiciones y críticas por parte de la doctrina. Bibliografía en TALAMANCA, 1993, pp. 304-310. Sea como fuere, la *communis opinio* apunta que los antiguos modos reales de adquirir *res Mancipi* y *res nec Mancipi* devienen insuficientes y demasiado rigurosos a medida que el comercio, particularmente el internacional, se desarrolla y Roma alcanza su hegemonía (LAGRANGE, 1879, p. 220). De esta circunstancia deviene el debate sobre si el contrato de compraventa penetra en el Derecho romano desde fuera ante las necesidades del comercio con el extranjero, en vez de ser producto del desarrollo exclusivo del *ius civile* (SCIALOJA, 1907, pp. 185-186. Le sigue LONGO, 1944, pp. 159-160); así, protegidas en un primer momento las relaciones entre *peregrini* y entre *cives* y *peregrini* por la jurisdicción pretoria, la compraventa se extiende posteriormente a los acuerdos entre *cives* (MASCHI, 1956, pp. 369-370). ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 46 y 84-90, considera que la admisión por el Derecho civil de la compraventa consensual

cumplimiento del contrato se separan, al menos teóricamente¹⁸⁷, habilitando un espacio de tiempo durante el cual la cosa puede perderse o sufrir deterioros fortuitos¹⁸⁸.

De las anteriores explicaciones destaco tres aspectos. En primer lugar, estamos ante la primera alusión a una de las varias ficciones que nos encontraremos a lo largo de esta investigación y con las que se ha tratado de explicar la regla *periculum est emptoris*. En segundo lugar, se realiza una apelación a razones funcionales y de oportunidad comercial para justificar la regla y, como veremos, curiosamente también se alude a razones de conveniencia comercial para explicar tanto que en Código civil rige dicha máxima como que en el Código de comercio rige *periculum est venditoris*¹⁸⁹. En tercer lugar, desecho toda idea que reflexione sobre la compraventa al contado para tratar de explicar el art. 1452 Cc; ello solo conduce a confusión¹⁹⁰.

Otro sector doctrinal entiende que la máxima *periculum est emptoris* se justifica por cierta naturaleza alienatoria del contrato de compraventa. Entiende WINDSCHEID que, aunque se debe rechazar la generalización de la máxima *periculum est emptoris*, su razón de ser radica en considerar la cosa, en la relación entre vendedor y comprador, como desprendida del patrimonio de aquel y traspasada al

no se puede producir de golpe por la sola influencia del comercio internacional, aunque sea frecuente que la las dos circunstancias (contrato consensual y contexto internacional) coincidan.

¹⁸⁷ Según JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 325, en el comercio cotidiano al por menor, el contrato consensual y el acto real de adquisición se producen simultáneamente, lo cual no obsta para considerar esta compraventa como un negocio obligacional, si bien con la particularidad de que las respectivas obligaciones de las partes se cumplen al tiempo de su constitución. En opinión de ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 85, el contrato consensual que sólo produce obligaciones recíprocas se presenta más bien como una forma límite que como la sanción de una práctica habitual. Señala el autor que son muchos los textos sobre la compraventa, pero ninguno documenta el mero contrato consensual.

¹⁸⁸ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 160.

¹⁸⁹ Vid. Capítulo 1, III, 3, C) *in fine*.

¹⁹⁰ Vid. Capítulo 1, II, 3, B).

de este a pesar de no haberse realizado todavía la entrega¹⁹¹. La idea ha sido reiterada de diversas maneras¹⁹² y recientemente defiende ZIMMERMANN la razonabilidad de la regla *periculum est emptoris* con base en los intereses económicos de las partes. Según el autor, el objeto vendido pertenece, en un sentido no técnico, al comprador; ha entrado a formar parte de su esfera económica¹⁹³.

Diversas críticas, de las que aquí se puede prescindir, estiman que la anterior descripción no se ajusta al carácter consensual y obligatorio, no traslativo, de la compraventa romana¹⁹⁴. Por su parte, BETTI –quien niega que la atribución del riesgo al comprador sea la regla rectora en la época clásica¹⁹⁵– cree que el dogma de la *emptio perfecta* es de origen justiniano. Gestado por la influencia¹⁹⁶ de la perspectiva heleno-oriental que concibe la compraventa como un negocio de alienación, el contrato sigue conservando su naturaleza obligatoria y carece de eficacia traslativa¹⁹⁷; contexto en el que –opina el autor– la

¹⁹¹ WINDSCHEID, 1904, p. 100. También GLÜCK, 1901, pp. 953-955, aunque reconoce que ello se desvía de la regla, válida para todos los contratos bilaterales, de que una parte no puede exigir a la otra el cumplimiento de su obligación si no ejecuta la que le corresponde. Pero hay aquí un fundamento de equidad; el comprador sufre el riesgo porque la cosa puede considerarse como suya.

¹⁹² Es como si la transmisión ya se hubiese consumado (SALEILLES, 1925, p. 202-203). Se atiende al criterio práctico de que la cosa está destinada a entrar en el patrimonio del comprador desde la conclusión del contrato (PROVERA, 1962, pp.721-722); a convertirse en su propiedad (GALLO, 1992, p. 221). El comprador es su natural destinatario (CARDILLI, 1995, p. 335).

¹⁹³ ZIMMERMANN, 1996, p. 290.

¹⁹⁴ Vid. por ejemplo LONGO, 1944, p. 169; MEYLAN, 1950a, p. 14; DE VISSCHER, 1914, pp. 43-44; TALAMANCA, 1995, p. 225.

¹⁹⁵ Vid. Capítulo 1, II, 2.

¹⁹⁶ Acerca de esta influencia, GALLO, 1960, pp. 55-110.

¹⁹⁷ No se llega tan lejos como RICCOBONO, 1912, pp. 259-270; quien considera la transmisión de la propiedad solo consenso como un triunfo greco-bizantino que se consolida con Justiniano. Así, este autor apunta que «*la traditio è la veste romana; la quale ormai è fatta vuota, come un vestimento senza corpo*». La doctrina se resiste a semejante conclusión. Señala ARANGIO-RUIZ, 1989, pp. 204-205, que la progresiva espiritualización de la entrega no pretende socavar la exigencia de la entrega efectiva, sino que evidencia que en ciertas ocasiones es ridículo pretenderla. En similar sentido se pronuncia BONFANTE, 1929, p. 272. Según el autor, aunque en Derecho clásico y justiniano la propiedad se puede transmitir mediante formas disimuladas y casi espirituales, de tal modo que para declarar la transferencia de la propiedad por mutuo consenso no hay más que un paso, «no se puede

máxima *periculum est emptoris* no deja de ser hasta cierto punto una paradoja. Para el autor, se potencia la expectativa o esperanza patrimonial del comprador, se sientan las bases de una nueva concepción de la compraventa y la atribución del riesgo al comprador es una disciplina que se encuentra a medio camino entre la compraventa meramente obligatoria y la traslativa propia de algunos códigos decimonónicos¹⁹⁸. *Res perit ei cui acquiritur* –dice el autor– y no *casum sentit dominus*¹⁹⁹. Hoy –recuerda ZIMMERMANN– prevalece la opinión de que la regla *periculum est emptoris* es clásica²⁰⁰, sin perjuicio de que se reconozca ese carácter eminentemente traslativo que la compraventa progresivamente adquiere en el pensamiento romano con la espiritualización de la *traditio*²⁰¹.

Sea como fuere, el caso es que el ordenamiento jurídico español habría conservado la paradoja que señala BETTI pues, como decía antes, no contamos con la panacea francesa de la atribución del riesgo al comprador como propietario desde la conclusión del contrato; en nuestro ordenamiento no ha cristalizado la compraventa traslativa²⁰². Pero incluso si se admitiese que, en el seno de nuestro sistema de transmisión de la propiedad, el acuerdo traslativo previsto para los

deducir de ello que en época justiniana se introdujese como principio general el traspaso de la propiedad por mutuo consenso. Aunque las tradiciones más espiritualistas hayan aumentado, las excepciones son siempre excepciones y no representan aplicaciones de un nuevo principio general». Para JÖRS-KUNKEL, 1937, p. 185, la concepción clásica de la *traditio* como modo de adquisición de la propiedad no se abandona en el Derecho justiniano.

¹⁹⁸ BETTI, 1956, pp. 163-165. También GORLA, 1934, pp. 93-95 y 315.

¹⁹⁹ BETTI, 1969, p. 191.

²⁰⁰ ZIMMERMANN, 1996, p. 282.

²⁰¹ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 190. Para el autor ello no deriva de una influencia heleno-oriental, sino que se trata de una tendencia desarrollada en el seno interno del pensamiento jurídico romano.

²⁰² Señala GARRIGUES, 1963, p. 84, que el art. 1452 Cc atribuye el riesgo al comprador desde la perfección (quiere decir conclusión) del contrato. Según dice el autor, se consagra el «principio [*rectius* regla] de la perfección». Y dicho esto, añade: «En las legislaciones como la nuestra, en que no basta el contrato, sino que se exige la tradición para adquirir la propiedad de la cosa, *se justificará este principio sobre el paso del riesgo porque la venta es una declaración de enajenación: la ley considera la cosa como habiendo ya pasado del patrimonio del vendedor al del comprador, ya que que éste, perfecto el contrato, tiene derecho a disponer de la cosa*». Cursiva añadida.

bienes muebles en el art. 1463 Cc²⁰³ opera sin necesidad de voluntad expresa de las partes, mientras no se manifieste la contraria, como plantea Díez-PICAZO²⁰⁴, la situación sería la misma: en nuestra tradición jurídica no hay una vinculación lógica entre la transmisión del riesgo y la propiedad y, a pesar de que se transmitiese esta desde el mismo momento de la conclusión del contrato, no se dejaría de cuestionar la atribución del riesgo al comprador desde tal temprano instante cuando no se ha ejecutado la obligación de entrega; cuando el crédito del comprador no se ha visto completamente satisfecho.

También se ha intentado explicar la máxima *periculum est emptoris* presentando el incremento de la cosa y cualesquiera de sus ventajas como una compensación que reduce la rigurosidad de la atribución de dicho riesgo al comprador²⁰⁵. En las fuentes se encuentra apoyo para tales explicaciones: *commodum eius esse debet, cuius periculum* (I. 3, 23, 3); *commodum incommodumque* (D. 18, 6, 7 pr.).

Según sostienen algunos, la teoría del *periculum*, en su sentido originario más estricto, sólo se refiere a la pérdida o destrucción de la

²⁰³ Art. 1463 Cc: «[...] por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta [...]»

²⁰⁴ Díez-PICAZO, 2010, p. 93. Explica el autor que encontramos en este inciso del precepto una espiritualización o, tal vez mejor, casos en que para producir el efecto de la transmisión de la propiedad, no se requiere *traditio*; se trata de un acuerdo traslativo. Apunta: «el efecto traslativo queda producido por el acuerdo o conformidad de las partes. Se puede discutir si el acuerdo tiene que incorporar una voluntad expresa de las partes sobre el alcance traslativo de sus declaraciones o si, *como parece más probable*, la eficacia traslativa se produce objetivamente cuando una voluntad en contrario no haya sido manifestada». La cursiva es añadida. El autor parece contradecirse con lo que dice en Díez-PICAZO, 2008a, p. 873: «El único problema que debe plantearse radica en averiguar si este medio de transmisión –el solo acuerdo o conformidad de los contratantes– es una hipótesis supletoria y excepcional, frente a la regla general del art. 1462. Se trata de decidir si es menester que se produzca una voluntad expresa de las partes para que su acuerdo tenga eficacia traslativa o si por el contrario se puede llegar a la conclusión de que la eficacia traslativa se produce siempre que otra voluntad no haya sido expresamente manifestada. A mi juicio, aunque desde un punto de vista de política legislativa cupiera encontrar algún fundamento en favor de esta segunda solución, debe sostenerse la primera: tiene que haber expreso acuerdo o conformidad respecto del efecto traslativo».

²⁰⁵ ORTOLAN, 1877, p. 306; GLÜCK, 1901, p. 955; CUQ, 1928, 461; BONFANTE, 1929, 430; KASER, 1968, p. 192; KASER/KNÜTEL/LOHSE, 2022, pp. 444.

cosa, no a su deterioro²⁰⁶. De forma muy resumida, describe BETTI un tratamiento diferenciado del *periculum e incommodum* en el Derecho clásico²⁰⁷. Cuando el Derecho justiniano eleva a regla general la máxima *periculum est emptoris* desde la perfección del contrato, entre las hipótesis de imposibilidad y de deterioro fortuito ya no hay más que una diferencia cuantitativa²⁰⁸ y se presenta el *commodum* como contrarresto de ambos tipos de riesgos²⁰⁹.

A pesar las reservas generales que existen para considerar la máxima *periculum est emptoris* como una innovación justiniana, sí cabe apreciar cierto consenso doctrinal a la hora de afirmar que el Derecho justiniano asigna los incrementos de la cosa al comprador como compensación natural por los riesgos sufridos²¹⁰, quizás por el carácter tendencialmente traslativo que se le atribuye a la compraventa²¹¹. Sea como fuere, destaca ALONSO PÉREZ, los provechos no tienen lugar en todo caso y, con frecuencia, no son más que pequeños incrementos que tan sólo mitigan la pérdida fortuita; en definitiva, no es «un criterio compensatorio o equitativo de valor absoluto, sino relativo, eventual y puramente atenuante del posible desequilibrio»²¹².

²⁰⁶ FERCIA, 2007, pp. 705-706.

²⁰⁷ MEYLAN, 1951, p. 394 lo considera probable.

²⁰⁸ En esta época ya no se distinguen las categorías de pérdida y deterioro. *Ibidem*, p. 407.

²⁰⁹ BETTI, 1956, pp. 159-161 y 167.

²¹⁰ En este sentido, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 109-111, quien no descarta que la Jurisprudencia clásica conozca esta fórmula compensatoria, aunque no duda que sea posterior su generalización. También BETTI, 1956, pp. 139-140; FUENTESECA, 1978, p. 265; DE ROBERTIS, 1982, p. 988; ROBAYE, 1987, p. 349.

²¹¹ TALAMANCA, 1993, 461.

²¹² ALONSO PÉREZ, 1972, p. 112. Se pronuncian en sentidos similares FAUCHILLE, 1882, p. 60; HUVELIN, 1929, p. 187; GORLA, 1934, p. 92; MEYLAN, 1950a, p. 13; LEPOINTE-MONIER, 1954, 244; ARANGIO-RUIZ, 1954, p. 253; ROBAYE, 1987, p. 349. No obstante, HEINECKE, 1888 (2003), p. 107, aprecia un fundamento de justicia en la atribución de los *commoda* como contrapartida de todo riesgo. De forma aislada, ACCARIAS, 1891, p. 307, reflexiona: si con posterioridad a la conclusión del contrato la cosa vendida se enriquece con una plusvalía fortuita, cualquiera que sea su entidad, y el comprador puede exigir su entrega sin estar obligado a ajustar el precio, qué hay más natural que imponer al comprador, por reciprocidad, la carga de los riesgos.

La relación entre *periculum* y *commodum*, presente en nuestra legislación histórica²¹³, queda plasmada en el art. 1452.1 Cc y, ante las dudas que la letra del precepto genera en cuanto al criterio que maneja, se trata de uno de los argumentos con los que se defiende la vigencia de la máxima *periculum est emptoris* en el ordenamiento jurídico español.

Dice LACRUZ BERDEJO que la unión del daño y provecho en el artículo 1452.1 Cc solo puede referirse al comprador porque el vendedor no recibe provecho alguno de la cosa vendida (aumentos, accesiones, plusvalías o frutos) y no cabe pensar que el Código atribuya el daño a uno y el provecho al otro. Esto es: perdida la cosa en poder del vendedor, si éste queda liberado de su obligación de entregarla y se extingue su obligación en virtud del art. 1182 Cc, sufriría un daño si no pudiese reclamar el precio²¹⁴. Por lo tanto, si el daño y el provecho deben ir de consuno, ambos han de recaer necesariamente sobre el comprador; consistiendo ese daño en el mantenimiento de la obligación de pagar el precio a pesar de la pérdida o deterioro²¹⁵.

Sin embargo, creo que una cosa es que se pueda constatar en el precepto la ordenación acompasada de la pérdida, deterioro y provecho, pero otra muy distinta afirmar, como se suele hacer con demasiada premura, que de la misma manera que el comprador se beneficia del *commodum* desde la *perfección* del contrato, se le

²¹³ Fuero Real Libr. III, Tít. XI, Ley 17: daño y beneficio; Part. Quinta, Tít. V, Ley 23: daño o aumento o valor que llegue a tener la cosa.

²¹⁴ En este sentido, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 300, se pregunta qué tipo de liberación experimenta el vendedor si no puede obtener la contraprestación. Para el autor, tal liberación sería puramente ilusoria.

²¹⁵ Según se lee en LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2013, pp. 26-27, se trata de otro de los argumentos que LACRUZ BERDEJO, 1979, p. 16, utiliza en la primera edición de su obra para sostener que el riesgo corresponde al comprador desde la celebración del contrato de compraventa. Pero RIVERO HERNÁNDEZ matiza tal criterio, sin desvirtuarlo según dice, al señalar que, en virtud del art. 1095 Cc, el momento a partir del cual los riesgos corresponden al comprador no es el de la perfección del contrato, sino el del surgimiento de la obligación de entregar la cosa (piénsese en los contratos *sub condicione* o con entrega aplazada). GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 87-88, sigue el razonamiento de la primera edición de la obra de LACRUZ BERDEJO.

atribuye correlativamente²¹⁶, como compensación lógica o justa correspondencia²¹⁷, el riesgo²¹⁸.

Estas afirmaciones no son más que generalidades que no obstante, como veremos a lo largo de esta investigación, se repiten con asiduidad. Afirmar que el riesgo debe ir donde van los provechos es una ecuación sin sentido: ni presentan una verdadera correlación, ni todas las cosas son susceptibles de producir provechos²¹⁹ o, si bien los puede producir potencialmente, hay supuestos en los que ello no sucede²²⁰. Si en el caso concreto se produce algún provecho, acaso puede encontrarse cierta correspondencia entre éste y el deterioro, pero no frente al perecimiento, como hemos visto que apunta ALONSO PÉREZ²²¹.

²¹⁶ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59.

²¹⁷ Expresiones de CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 85; MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 150; PUIG PEÑA, 1973, p. 137; BADENES GASSET, 1995, p. 288-289.

²¹⁸ Incluso ROCA SASTRE, 1948, pp. 395 y 398-399, a pesar de que maneja –como tendré ocasión de explicar– un concepto de la perfección de la compraventa a efectos de los riesgos que considero adecuado, cae en estas inexactitudes. Por su parte, BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 169, alude a imperativos de equidad para imputar todo riesgo al comprador que se lucra de las ventajas. SOTO NIETO, 1965, p. 148, también invoca esas «fuertes razones de equidad».

²¹⁹ Esta afirmación podría parecer inexacta teniendo en cuenta que el aumento del valor de una cosa se concibe, en efecto, como un provecho. Pero dejando de lado las plusvalías que todo objeto puede experimentar, sobre todo en el ámbito de un tráfico especulativo, hay cosas que, materialmente, no son susceptibles de experimentar ningún incremento ni tienen naturaleza fructífera.

²²⁰ Como dice GULLÓN BALLESTEROS, 1968, p. 34: «cae por su base este argumento en apariencia consistente».

²²¹ No obstante, la idea de la «justa correspondencia» de la atribución del *periculum* a quien obtiene el *commodum* se desliza ocasionalmente en el discurso del autor (vid. ALONSO PÉREZ, 1972, p. 300). Como bien señala PINTÓ RUIZ, 1975, p. 712, «no parece una regla equitativa, antes bien inicua, la consistente en afirmar que ya que [el comprador] percibe los frutos, si la cosa perece, pierd[e] la cosa y pag[a] el precio, como si el precio de la cosa fuera equiparable a los breves rendimientos de la cosa en el tiempo que intermedia entre la perfección [...] y la entrega misma. El paralelismo entre “periculum” y “commodum”, en estos términos, quiebra». Muy crítica con los argumentos basados en la atribución de los *commoda*, CASTILLA BAREA, 2001, pp. 402-404; quien señala que, si quizás podía tener cierta relevancia en una economía agraria, el argumento se torna endeble en una economía de mercado como la actual (p. 403). Dice la autora: «seguramente, si al comprador de una cosa se le propusiera la venta sólo de los frutos de la misma, no estaría dispuesto a pagar el mismo precio por una y otra partida» (p. 404).

La misma reflexión debe realizarse respecto del art. 1186 Cc. Según este precepto, «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». La idea es la que sigue: el deudor se enriquece si, perdida la cosa, se libera de su obligación y adquiere las acciones derivadas de dicha pérdida. Para el deudor la pérdida de la cosa no representa ningún perjuicio pues, en todo caso, se vería privado de la cosa por el cumplimiento. En cambio, el acreedor sí experimenta un empobrecimiento a causa de la extinción de la obligación prevista en su beneficio; de ahí que el precepto le conceda las acciones por razón de la pérdida²²². Extrapolando este precepto a la compraventa, si el comprador debe sufrir el *periculum obligationis*, se le conceden estas acciones como una compensación²²³ ante el perjuicio que supone quedarse sin la cosa, o con la cosa deteriorada, y sin el precio. Pero la atribución del *commodum subrogationis* no es lo que justifica la imputación del riesgo al comprador²²⁴.

En cualquier caso, constatar que el Código imputa al comprador el riesgo y el provecho a la par no prejuzga la cuestión de determinar el momento a partir del cual tiene lugar dicha atribución. Si bien expondré mi posición en su debido momento²²⁵, cabe señalar que la mayor parte de la doctrina, al tratar los arts. 1095 y 1468.2 Cc, considera que los frutos corresponden al comprador desde el momento de la exigibilidad de la obligación de la entrega y no desde la

²²² En este sentido, BADOSA COLL, 1993, p. 264. Cree BONEL Y SÁNCHEZ, 1891, p. 128 que estas acciones corresponden al acreedor *ipso iure*.

²²³ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59.

²²⁴ PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1047, ve en el art. 1186 Cc un argumento para señalar que el de caso de imposibilidad sobrevenida fortuita de cualquiera de las contraprestaciones del contrato bilateral ha de tratarse como un supuesto de incumplimiento: bien cabe el recurso a la facultad resolutoria del art. 1124 Cc, bien cabe interesarle al acreedor de la prestación devenida imposible, no resolver el contrato y, a cambio de su prestación, ejercitar su pretensión al *commodum representationis* al amparo del artículo 1186 CC; precepto cuyo ámbito de aplicación no se ha de limitar a las obligaciones unilaterales. El autor deja fuera de la anterior descripción aquellos supuestos en los que haya una norma específica que atribuya el riesgo al acreedor con cita obligada al caso de la *emptio perfecta* del art. 1452 Cc.

²²⁵ *Vid.* Capítulo 1, III, 2 y IV.

conclusión del contrato²²⁶. Dice el art. 1095 Cc que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla». Por su parte, el art. 1468.2 Cc dispone que «todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato». Bien es cierto que estos preceptos solamente hablan de frutos y no de otros beneficios que pueda producir la cosa²²⁷. Pero ello carece de importancia, pues la regulación general de todo provecho la encontramos en el art. 1452.1 Cc, el cual lo anuda al daño. Incluso cabe considerar demasiado literal la lectura conforme a la cual los arts. 1095 y 1468.2 Cc regulan exclusivamente los frutos²²⁸. En cualquier caso, la referencia a estos artículos resulta interesante para constatar que la perfección a la que se refiere el art. 1468.2 Cc –disposición que fue generalizada para todas las obligaciones en el art. 1095 Cc²²⁹– resulta nuevamente un concepto equívoco que, en mi opinión, no es equivalente en todo caso a la celebración del contrato.

²²⁶ Díez-PICAZO, 2008a, p. 275, indica que los arts. 1095 y 1468.2 Cc parecen referirse a la constitución de la obligación y la *perfección* (entiendo que el autor alude a la conclusión) del contrato respectivamente. Sin embargo, en atención a los arts. 1120, 1125 y 1126 Cc relativos a las obligaciones condicionales y a término, considera el autor que «hay que inclinarse a favor de la tesis de que el derecho a los frutos se adquiere con la exigibilidad de la obligación de entrega». En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 10384. DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 607-608; SCÆVOLA, 1957, p. 754; MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 118, también atienden a la exigibilidad cuando aluden al momento en el cual, según el contrato, debe ser entregada la cosa; aunque este último autor se contradice en MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 150, cuando justifica la atribución de los riesgos al comprador desde la perfección (léase celebración) de la compraventa porque desde dicho momento le corresponden los frutos. Parece estar en contra de la tesis mayoritaria GARCÍA CANTERO, 1991, p. 356, al señalar que de los arts. 1468.2 y 1095 Cc no cabe dudar que se atribuyen al comprador los frutos «pendientes al tiempo de la venta». Del mismo modo, VERDERA SERVER, 2013, pp. 8017-8018, considera que los preceptos aluden al momento de la constitución de la obligación, aunque reconoce que se llega a otras soluciones en los arts. 1120 y 1125 Cc.

²²⁷ Por esta razón, PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 711-712, se muestra muy crítico con el razonamiento que justifica la atribución de los riesgos al comprador con base en los arts. 1095 y 1468.2 Cc. Estos preceptos, dice el autor, se refieren exclusivamente a los frutos y no a otras ventajas. En el mismo sentido, ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10246; quien opina que otros beneficios de la cosa, como las acciones, carecerían de regulación. Del mismo modo, añade, este planteamiento deja de explicar por qué el riesgo corresponde al comprador cuando la cosa no es fructífera.

²²⁸ Tanto BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 169, como DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 607-608, no dudan en hablar de ventajas, frutos, accesiones y lucros en general en sede del art. 1095 Cc.

²²⁹ En este sentido, BADOSA COLL, 1993, p. 22; VERDERA SERVER, 2013, p. 8017.

En cuarto lugar, se relaciona la máxima *periculum est emptoris* con la existencia de una obligación de custodiar la cosa vendida por parte del vendedor, aunque se duda exacto considerarla como una verdadera obligación²³⁰, respecto a los bienes muebles²³¹. Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «puede decirse que el *periculum emptoris* comienza donde la *custodia venditoris* termina»²³²; incumbe al vendedor el conservar la cosa mueble hasta la entrega y responde de ella por *custodia*, quedando a cargo del comprador tan sólo la pérdida por fuerza mayor (*periculum est emptoris*)²³³. Para SCHULZ, la regla *perfecta emptione periculum est emptoris*, lejos de estar injustificada, constituye una solución ideal al problema en Derecho clásico. Empero, dado que el vendedor sólo responde por culpa en Derecho justiniano, «la recompensa del precio resulta tal vez un tanto desproporcionadamente elevada en relación con los deberes que sobre aquél [pesan]»²³⁴.

Prescindo aquí de abordar la cuestión de la extensión de la responsabilidad por la omisión de la custodia debida²³⁵ en Derecho

²³⁰ Dice METRO, 1966, p. 189, que no cabe configurar un interés del comprador a la conservación de la cosa, de ahí que se excluya que la custodia constituya para el vendedor el contenido de una obligación. En opinión de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 221, el vendedor no parece tener la específica y estricta obligación de custodiar. Su obligación concreta e inmediata es entregar, la cual puede quedar incumplida si no conserva la cosa.

²³¹ D'ORS, 2004, p. 582.

²³² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2007, p. 252; quien dice que «expresado gráficamente quizás podría afirmarse que ambos conceptos no son secantes sino tangentes». DE ROBERTIS, 1982, pp. 998-999, explica que los momentos para la asignación del riesgo al comprador y la cesación de la obligación de custodia por parte del vendedor aparecen, en el caso de la compraventa en las que no se realiza la inmediata entrega de la cosa, perfectamente diferenciadas. Ciertamente, lo primero está condicionado a la perfección del contrato y lo segundo, presupuesta ya la perfección, a la realización de la *traditio* o de aquellos actos igualmente idóneos para transferir el pleno control sobre la cosa.

²³³ D'ORS, 2004, pp. 582-583.

²³⁴ SCHULZ, 1960, pp. 509-510.

²³⁵ Así insta a llamarla VOCI, 1990, p. 64, para quien la expresión «responsabilidad por custodia» es un error común; un solecismo gramatical y jurídico que, en su opinión, debe caer en desuso porque el mismo término no puede indicar tanto la prestación debida como la falta de la misma. No es posible responder por custodia porque no se ha cometido o incurrido en custodia.

romano clásico²³⁶. Tan solo señalaré que la norma del art. 1452 Cc que atribuye el riesgo al comprador se complementa con la previsión del art. 1094 Cc²³⁷ que, en sede de compraventa, establece el deber del vendedor de conservar diligentemente la cosa hasta la entrega; obligación presente en la doctrina de POTHIER²³⁸. Describe Díez-PICAZO el sentir general cuando expresa que fundar la responsabilidad (*lato sensu*) del vendedor en el posible incumplimiento de sus obligaciones de diligencia no es un fundamento correcto²³⁹; ya que semejante construcción del incumplimiento supone reducir la obligación a un deber de diligencia de manera que el deudor que actúa con la diligencia requerida no sufre ningún tipo de consecuencias²⁴⁰. En efecto, el comprador no paga el precio para que el vendedor conserve la cosa; pero hacerle pechar con el riesgo parece decir otra cosa. El autor niega que se pueda considerar al vendedor depositario de la cosa hasta la entrega²⁴¹; figura del depósito a la que, como veremos, se apela en no pocas ocasiones como apoyo para justificar la transmisión del riesgo al comprador.

Ya, por último, si antes he aludido a aquellas opiniones conforme a las cuales es en la particularidad romana de la compraventa obligatoria²⁴² donde se gesta la regla *periculum est emptoris*, también es en este ámbito donde se entra a valorar la relación existente entre las obligaciones del vendedor y comprador y el lógico corolario que de ahí se ha de derivar en cuanto a la cuestión del riesgo.

El criterio de la independencia de ambas obligaciones, en virtud del cual una vez contraídas la suerte de una no influye en la de la otra,

²³⁶ Una exposición general sobre el contenido de la custodia y los diversos significados que en las fuentes se le atribuye en LONGO, 1944, pp. 206-209.

²³⁷ Art. 1094 Cc: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

²³⁸ POTHIER, 1844b, p. 32.

²³⁹ Díez-PICAZO, 2010, pp. 94-95.

²⁴⁰ Díez-PICAZO, 2008a, p. 648.

²⁴¹ Díez-PICAZO, 2010, p. 94.

²⁴² Señala TALAMANCA, 1990, pp. 582-583, que la configuración de la compraventa como contrato obligatorio constituye un *unicum* en el área mediterránea.

goza de amplia aceptación. Así, mientras que el precio convenido ni aumenta, disminuye o perece, la cosa sí puede ser objeto de tales vicisitudes; de ahí que se aduzca que la modificación o extinción de la obligación de entrega no evita que la obligación de pago del precio subsista inalterada²⁴³.

Sin embargo, otros autores encuentran en las fuentes apoyo para defender un principio general de interdependencia de las obligaciones bilaterales no sólo en el momento de la conclusión del contrato (sinalagma genético), sino también en su fase de ejecución (sinalagma funcional o condicional). Se trata de D. 19, 1, 50²⁴⁴; pasaje que, junto a otros, conduce a BETTI a afirmar que, en Derecho clásico, el criterio base de la doctrina del riesgo es el sinalagma funcional, de forma que los juristas de dicha época aplican con carácter general el principio *periculum est venditoris ante traditionem*²⁴⁵. En opinión de otros, dicho texto corrobora que el axioma *periculum est emptoris*, reconocida como la máxima rectora del Derecho clásico²⁴⁶, presenta tal particularidad que se constituye como un límite a los principios generales que se deducen de la bilateralidad contractual²⁴⁷; más aún,

²⁴³ A favor de la independencia de las obligaciones del comprador y vendedor como elemento justificativo del riesgo, entre otros, GÓMEZ DE LA SERNA, 1869, p. 287; ORTOLÁN, 1877, p. 308; ACCARIAS, 1891, p. 307; DE VISSCHER, 1914, pp. 40 y 53; SARGENTI, 1954, p. 247; PROVERA, 1962, p. 697 y ss.; ALONSO PÉREZ, 1972, p.159-162 o DE ROBERTIS, 1982, p. 984. En términos extremos FAUCHILLE, 1882, p. 57, quien habla de dos obligaciones unilaterales, la del vendedor y la del comprador, como si desde el principio nunca hubiesen coexistido.

²⁴⁴ D. 19, 1, 50:

LABEO libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum

Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, et re sua careret. (...).

No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa; (...). (*Lab. 4 post.*)

²⁴⁵ BETTI, 1960, pp. 203 y 410.

²⁴⁶ BURDESE, 1964, p. 537, en cambio, considera que dicha máxima debe ser una generalización justinianea de particulares decisiones clásicas porque no se armoniza con el régimen clásico de la venta consensual que determina el nacimiento de obligaciones recíprocas e interdependientes.

²⁴⁷ En este sentido, GROSSO, 1950, pp. 233-235. CANNATA, 1996, p. 96, considera que esta regla del riesgo modifica el resultado que se obtendría por efecto del sinalagma condicional,

un vestigio singularmente llamativo e injusto²⁴⁸, una anomalía²⁴⁹ o un accidente de la historia²⁵⁰ que causa perplejidad²⁵¹.

La aparente contradicción existente entre el anterior pasaje y la regla *periculum est emptoris* se ha tratado de salvar mediante diversos razonamientos²⁵². Pero acaso valga la pena reproducir aquí las palabras de D'ORS cuando, al reseñar la obra de Grosso, pone en duda el criterio de este último autor cuando presenta el *periculum emptoris* «como verdadera contradicción excepcional del principio de bilateralidad contractual, pues supondría el mantenimiento de la obligación del comprador, a pesar del incumplimiento (no responsable) del vendedor. Pero el *periculum*, en realidad, tan sólo se refiere a la pérdida más allá de la responsabilidad del vendedor por custodia. Esto quiere decir que el vendedor *cumple su obligación* exponiéndose al riesgo propio de la custodia: no se trata de que deje de cumplir y se mantenga, a pesar de ello, la obligación de custodia. En realidad, *lo que hay ahí es un reparto del riesgo*, y el vendedor cumple respondiendo por él dentro de los límites de la custodia. La relación podría configurarse de este modo: la *merx* es confiada por el comprador al vendedor, con responsabilidad de éste por todo evento salvo la fuerza mayor, y dando por cumplida la obligación de entrega como propio vendedor. *Así, no creo que se trate de una verdadera*

es decir, la liberación del vendedor de su obligación de entregar la cosa que perece y la del comprador de pagar el precio.

²⁴⁸ GIRARD, 1918, p. 557-559.

²⁴⁹ SOHM, 1951, pp. 238-239.

²⁵⁰ ROBAYE, 1987, p. 351.

²⁵¹ MARRONE, 2006, p. 463.

²⁵² ALONSO PÉREZ, 1972, p. 102, considera que el fragmento se limita a establecer una consecuencia acorde con la buena fe pero que es independiente de los principios y situaciones específicas que abordan el riesgo y, en particular, el *periculum emptoris*. GALLO, 1992, p. 220, apunta que la identificación entre el *beneficium legis*, que libera al comprador de la obligación de pagar el precio, y el perecimiento fortuito de la cosa, que liberaría al vendedor de la obligación de entregar, existe en el plano de la lógica abstracta, pero no en el de los intereses de las partes en el caso valorado en el texto. La liberación gracias a un beneficio legal es un efecto jurídico al cual se puede, en vía de principio, poner remedio con otro efecto jurídico. Por el contrario, el perecimiento de la cosa es un efecto natural al cual el derecho no puede poner remedio.

excepción al principio de la interdependencia de las prestaciones recíprocas»²⁵³. Nos encontramos ante razonamientos dignos de ser tenidos en cuenta en la presente investigación²⁵⁴.

Sea como fuere, explica ALONSO PÉREZ que el análisis de la cuestión del riesgo desde la perspectiva de la interdependencia de las obligaciones de las partes responde a la tendencia iniciada por el Derecho común en la que se aproxima la bilateralidad de los contratos consensuales típicos y las figuras innominadas, dando lugar al moderno concepto de contrato bilateral que se adopta en la época codificadora²⁵⁵. Prescindo de adentrarme en la descripción del proceso de formación de esas figuras innominadas, su particular desarrollo justificado por la rígida tipicidad del *ius civile* y los medios de defensa que ofrecen y su diferencia con la compraventa romana²⁵⁶. Mayor interés tiene aquí llamar la atención sobre las reflexiones del profesor de Salamanca en torno a la máxima *periculum emptoris*, la bilateralidad del contrato de compraventa tal cual hoy se concibe y el art. 1452 Cc. Dice el autor:

«En realidad, el art. 1452 prescinde por completo de los criterios propios de la bilateralidad, de la reciprocidad e interdependencia de obligaciones, para moverse en un ámbito diverso de exclusiva inspiración romanista, acaso hoy día no justificada. El *periculum emptoris* se entronca con la aparición de la consensualidad en Roma y con la primitiva idea de la compraventa como suma de dos obligaciones independientes que funcionaban con perfecta autonomía. Nuestro Código civil se limitó a recoger el principio romano que gozaba de gran tradición histórica y satisfacía plenamente las

²⁵³ D'ORS, 1964, p. 397. La cursiva es añadida.

²⁵⁴ *Vid.* Capítulo 1, IV.

²⁵⁵ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 159.

²⁵⁶ *Vid.* SERAFINI, 1906b, pp. 25, 174 y 177; SCIALOJA, 1907, p. 42, 46-51; JÖRS/KUNKEL, 1937, pp. 347-349; VOCI, 1946a, p. 393 y 1946b, p. 281; GROSSO, 1950, pp. 177-185; ARIAS RAMOS, 1951b, pp. 550-551; VOLTERRA, 1988, pp. 533-536; ARANGIO-RUIZ, 1989, p. 318; TALAMANCA, 1990, pp. 555-558; GALLO, 1995, pp. 61-81.

necesidades del mundo comercial en el Mediterráneo antiguo. Su validez y eficacia en nuestro Derecho creemos es muy discutible»²⁵⁷.

Años después, en su magna obra de 1972, ALONSO PÉREZ defiende la «bondad económico-jurídica» de la regla *periculum est emptoris*²⁵⁸. Pero hasta él llega a dudar de la adecuación del art. 1452 Cc con la bilateralidad de la compraventa²⁵⁹. Este es el germen de todas las dudas de la que no se desprende un precepto que siempre se mirará con recelo. Como decía, no contamos con la panacea francesa de la atribución del riesgo al comprador porque ya es propietario. Y dicha desconfianza, por supuesto, no va a finalizar con la presente investigación por mucho que explique que cabe hacer una lectura más razonable de la disciplina de la transmisión del riesgo. La inercia en la que nos encontramos no se puede franquear y la forma en la que hoy entendemos el incumplimiento no da cabida a la solución del art. 1452 Cc.

B) Otros argumentos. En particular, el argumento a contrario del art. 1452.3 Cc

Según indiqué más arriba, en esencia, son cinco los argumentos a los que recurre la doctrina que defiende la vigencia de la regla *periculum est emptoris* desde la perfección/conclusión del contrato de compraventa de cosa determinada. En el anterior apartado, explico que la apelación a los argumentos históricos, así como la atribución de los *commoda* al comprador, no despejan las dudas sobre el fundamento de la regla. En el presente apartado, explico que los restantes tres argumentos no se sostienen. Se trata, recordemos, del argumento a contrario basado en el art. 1452.3 Cc, la inexistencia de un precepto que comprenda entre las causas extintivas de las obligaciones la

²⁵⁷ ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 66-67.

²⁵⁸ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 303 y ss.

²⁵⁹ Dudas de las que tampoco es capaz de salir en esta obra del año 1972. *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

extinción de la obligación recíproca y, por último, la interpretación *a contrario* del art. 1096.3 Cc.

El argumento basado en la interpretación *a contrario* que se sustrae del art. 1452.3 Cc parte del siguiente planteamiento: si en el caso de las compraventas de cosas que hay que pesar, contar o medir, el riesgo no se transmite al comprador hasta su especificación, en los restantes supuestos previstos por el precepto, en los que la cosa ya está individualizada y es determinada desde la conclusión del contrato – bien porque la cosa es específica, concreta o singular (art. 1452.1 Cc)²⁶⁰, bien porque es un conjunto de cosas que se trata como cosa determinada (art. 1452.2 Cc)–, el riesgo corresponde al comprador desde dicho momento²⁶¹. Sin embargo, esta explicación es tanto aventurada como inexacta.

Digo que es aventurada porque el art. 1452.3 Cc sólo dice que, en el supuesto concreto que regula, hasta que las cosas se pesen, cuenten o midan el riesgo no se imputa al comprador; pero de ahí no cabe inferir que, por oposición, en otro caso el riesgo le corresponda siempre²⁶².

Del mismo modo, afirmo que el razonamiento es inexacto por tres motivos. En primer lugar, porque tiende a configurar el art. 1452.3 Cc como una *excepción*²⁶³ frente a la supuesta regla general (*periculum*

²⁶⁰ En una comparativa entre el primer párrafo del artículo y los restantes, resulta evidente que el art. 1452.1 Cc está destinado a regular el riesgo en la compraventa de cosas ya concretas y específicas en el momento de la conclusión del contrato, aunque el precepto no lo diga expresamente. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 146; PUIG BRUTAU, 1982, pp. 173-174; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, p. 570.

²⁶¹ Recurren a este razonamiento BORREL Y SOLER, 1952, p. 93; CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 86; PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 60; MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 150; SCÆVOLA, 1970a, p. 573; PUIG PEÑA, 1973, p. 137; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, p. 571; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 89.

²⁶² En este sentido DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 371; MONTÉS PENADÉS 1989, p. 1145; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10244.

²⁶³ Hablan expresamente de excepción BORREL Y SOLER, 1952, p. 93; CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 86; PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 60.

est emptoris) establecida en los párrafos anteriores del precepto²⁶⁴. Pero lo cierto es que, si el art. 1452.3 Cc no es una previsión opuesta a los restantes apartados del precepto tal y como señalo en el párrafo anterior, tampoco nos encontramos ante una regulación del riesgo distinta o excepcional. A lo largo de esta investigación, veremos que el riesgo se caracteriza por ser una regla de aplicación articulada, no rígida y automática, que busca adaptarse a las circunstancias del caso concreto; y ello es precisamente lo que pretende hacer el art. 1452.3 Cc. Por lo tanto, debemos descartar la idea de que el art. 1452 Cc contempla regímenes distintos, sino que el fundamento es el mismo en todos los casos. Es más, veremos hasta qué punto el art. 1452.3 Cc es trascendental para esclarecer el criterio general del reparto del riesgo que *esconde* el precepto. En segundo lugar, considero que el razonamiento es inexacto porque, al contraponer la compraventa de cosas determinadas frente a la de cosas indeterminadas, se reduce el criterio de atribución del riesgo al comprador al hecho de que la cosa sea específica²⁶⁵; pero el art. 1452 Cc busca algo más para que dicha imputación tenga lugar: la *perfección* –que no conclusión– del contrato. En efecto, y en tercer lugar, el propio precepto nos dice que no es suficiente que la cosa sea determinada porque el art. 1452.3 Cc también es de aplicación cuando se vende todo un determinado conjunto de cosas; supuesto en el que nos encontramos ante la compraventa de cosa determinada como en los anteriores apartados

²⁶⁴ Esta tendencia deriva del simplismo de asumir que lo excepcional es lo contrario a la regla, cuando sería más exacto concebir lo excepcional como lo diferente a la norma; no necesariamente lo opuesto. Por eso tiene razón ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10244, cuando dice que, si el art. 1452.3 Cc se trata de una excepción a la norma sobre riesgo, no hay interpretación *a contrario* que valga. En abstracto, la idea del autor (excepción $\neq$ contrariedad) es correcta. Pero, como señalo en el texto, opino que el art. 1452.3 Cc no es una excepción a nada.

²⁶⁵ En este sentido, señalan PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 60, que en el ámbito de la previsión excepcional del art. 1452.3 Cc, una vez que se procede a la individualización de la cosa se aplica el «régimen normal» del riesgo establecido para la compraventa de cosa específica en el art. 1452.1 Cc. Por su parte, PUIG BRUTAU, 1982, p. 173-174, sostiene que el problema del riesgo está sometido a diferente régimen antes y después de su determinación concreta; individualización que queda automáticamente realizada al *perfeccionarse* el contrato si se trata de una compraventa de cosa específica. Opina el autor que del conjunto del precepto y sus remisiones aparece con suficiente claridad que el criterio es que «el comprador soporta el riesgo que afecte a toda cosa individualmente determinada».

del artículo. Pero el precepto sigue exigiendo las operaciones de contar, pesar o medir para transmitir el riesgo. El argumento *a contrario* que se sustrae del art. 1452.3 Cc decae²⁶⁶ por mucho que se haya calificado como el «argumento definitivo»²⁶⁷.

Por otro lado, retomando el cuarto argumento con el que se justifica la regla *periculum est emptoris*, carece de consistencia el afirmar que no existe un precepto que regule, entre las causas extintivas de las obligaciones, la extinción de la obligación recíproca²⁶⁸. El razonamiento procede de POTHIER; en cuya opinión, frente a la extinción de la obligación del vendedor, el comprador nada puede oponer. Su obligación, válidamente contraída, subsiste y solamente se extingue por alguna de las causas legales por las que se extinguen las obligaciones, las cuales no prevén nada respecto de este concreto supuesto²⁶⁹.

Pero, como apuntaba, este argumento es insostenible y se trata más bien de una excusa encaminada a justificar la idea preconcebida que se maneja en la materia: que el riesgo, como regla, corresponde al comprador desde la conclusión del contrato y que, por esta misma razón, no es trascendente preguntarse qué sucede con la contraprestación debida por el comprador, pues la seguirá debiendo. Y con base en este error, se pierde de vista que la función de la doctrina del riesgo –la distribución del mismo entre las partes contratantes desde la celebración del contrato hasta la efectiva entrega de la cosa según las circunstancias del caso concreto– exige un mecanismo a través del cual se puedan articular las consecuencias jurídicas de que el riesgo se atribuya al vendedor o al comprador. Ante la imputación del riesgo a uno u otro, según el caso, el ordenamiento *reacciona* de

²⁶⁶ *Vid.* Capítulo 3, II, 2, A).

²⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 42, en nota a pie de página.

²⁶⁸ Recurren al mismo PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59; BADENES GASSET, 1995, p. 289. También ROCA SASTRE, 1948, p. 394; si bien el autor no sostiene la tesis de que el riesgo corresponda al comprador desde la conclusión del contrato.

²⁶⁹ POTHIER, 1844b, p. 188.

manera distinta. Y si el riesgo corresponde al vendedor, esa reacción se traduce en la existencia de *algún* remedio en favor del comprador.

Ya sabemos que los arts. 1182 y ss. Cc no nos proporcionan respuesta a este interrogante. Del mismo modo, el art. 1452 Cc dirige su atención al momento de la atribución del riesgo al comprador (la perfección del contrato), pero curiosamente no ofrece, al menos aparentemente, explicación alguna sobre cómo modular el hecho de que el riesgo corresponda al vendedor. En efecto, digo «aparentemente» porque, si las cosas se miran despacio, me resulta evidente que, con el contar, pesar o medir, el art. 1452.3 Cc está regulando al menos el remedio de la reducción del precio a favor del comprador²⁷⁰.

En cualquier caso, el aparente silencio del precepto no permite afirmar que la obligación del comprador permanece siempre inalterada. La regulación contenida en el Código de comercio sobre la transmisión del riesgo –que, como trato de argumentar en esta investigación, creo que es *exactamente la misma* que la del Código civil²⁷¹– contiene evidentes aportaciones al respecto. Hay casos en los que el riesgo es del vendedor; lo cual sencillamente significa que el comprador tiene acceso a *algún* remedio. El art. 331 Ccom da cuenta de ello al ofrecer al comprador la resolución.

Todo lo dicho sin perjuicio de que los remedios que se conceden al comprador en caso de pérdida o deterioro fortuitos todavía a riesgo del vendedor no están sistematizados. Pero esto es un problema general de las previsiones del incumplimiento contenidas en el Código.

Como decía al comienzo de esta investigación, en la medida en que el ordenamiento concede algún remedio, se trata el supuesto de hecho como incumplimiento. Cuestión distinta es que, en su régimen sin sistematizar, conceda unos remedios en caso de incumplimiento

²⁷⁰ Vid. Capítulo 5, II, 1, B).

²⁷¹ Vid. Capítulo 1, III, 2.

imputable y conceda otros en caso de incumplimiento no imputable; situación de la que deviene esa particular discusión, en realidad ya superada, sobre si el remedio resolutorio del art. 1124 Cc procede solo en caso de incumplimiento imputable, si también cabe en caso de la imposibilidad sobrevenida fortuita o si a esta se le aplica la especial teoría del riesgo y la extinción automática de la relación contractual. Lo cierto es que el art. 331 Ccom, al tratar la cuestión del riesgo en la compraventa, ya ofrecía argumentos decisivos al respecto²⁷².

Sea como fuere, lo que sucede en la compraventa es que entra en juego la *especialísima* doctrina de la transmisión del riesgo para vetar al comprador, a partir de un determinado momento, el acceso a los remedios que, en otro caso, dispondría por incumplimiento fortuito de la obligación de entrega (pérdida) y la obligación de entregar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrario (deterioro).

El argumento de POTHIER, como estoy diciendo, no se puede sostener. Añade el autor, que el comprador no está obligado a pagar el precio *a condición* de que el vendedor le dé («*lui donne*») la cosa, sino más bien *a condición* de que el vendedor se obligue a hacerle tener la cosa («*à lui faire avoir la chose*»); es suficiente que el vendedor se obligue válidamente y no falte («*manque*») a su obligación para que la obligación del comprador subsista²⁷³.

Se trata de una rigurosidad en el planteamiento que, por supuesto, quebranta la más esencial bilateralidad del contrato que hasta un lego en Derecho reconocería. Pero lo cierto es que no es una rigurosidad gratuita. El autor está reaccionando contra esas doctrinas procedentes de la Escuela de Derecho natural que, *supuestamente*, son contrarias a

²⁷² Vid. Capítulo 1, III, 4; Capítulo 5, II, 1, A).

²⁷³ POTHIER, 1844b, p. 189: «Il [el comprador] s'oblige à payer le prix, non pas à condition que le vendeur lui donne la chose, mais plutôt à condition que le vendeur s'oblige de son côté envers lui, à lui faire avoir la chose: il suffit donc que le vendeur s'y soit valablement obligé, et n'ait pas manqué à son obligation, pour que l'obligation de l'acheteur ait une cause, et subsiste».

la regla *periculum est emptoris*²⁷⁴. Y, en defensa de la regla, articula un argumentario elevado a la hipérbole que, sencillamente, hoy no es posible mantener.

Por último, y con relación al quinto argumento con el que se justifica la regla *periculum est emptoris*, también se debe descartar la interpretación *a contrario* que cabría realizar del art. 1096.3 Cc. Según este razonamiento, si el riesgo corresponde al vendedor – además del caso del art. 1452.3 Cc– cuando incurre en mora en la entrega o realiza ventas sucesivas de la misma cosa, en los demás supuestos aquél se atribuye al comprador desde la celebración del contrato²⁷⁵. Se trataría, de nuevo, de otras dos *excepciones* a la aplicación de la regla *periculum est emptoris* desde la celebración de la compraventa²⁷⁶. Pero, nuevamente, la conclusión sería precipitada porque el hecho de que el precepto identificase dos de los tres casos en que el riesgo se imputa al vendedor, no nos permitiría aseverar que en los restantes el comprador pecha con él siempre²⁷⁷. Además, estimo que la coordinación entre los arts. 1452 y 1096.3 Cc sigue un camino distinto al que las anteriores aseveraciones proponen. No nos encontramos ante excepciones a la aplicación de la regla *periculum est emptoris* porque, sencillamente, en ambos supuestos creo que no se dan los requisitos necesarios para que la transmisión del riesgo tenga lugar.

²⁷⁴ Vid. Capítulo 2, II, 2, B), i).

²⁷⁵ Recurren a este argumento ROCA SASTRE, 1948, p. 395, aunque elude referirse al caso de doble o sucesivas compraventas; SOTO NIETO, 1965, p. 164; SCÆVOLA, 1970a, p. 573.

²⁷⁶ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, pp. 60-61; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 88, alude al carácter excepcional del art. 1096.3 Cc en materia de riesgo de la contraprestación. También se intuye en el discurso de ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 173-177. Habla de excepción MARTÍN PÉREZ, 1989, p. 296, pero solo en alusión al caso de las sucesivas ventas, y LLAMAS POMBO, 2014, p. 309, respecto a la mora.

²⁷⁷ En este sentido, ALCÁNTARA SAMPELAYO, 1946, p. 506. Como bien apunta DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 601-602, la interpretación *a contrario* de los arts. 1452.3 y 1096.3 Cc mueve a la doctrina a concluir que cuando se trata de una compraventa de cosas específicas y determinadas se aplica en toda su amplitud el tradicional brocardo *periculum est emptoris*.

Hay que tener claro que el art. 1452 Cc no se dirige inexorable a hacer pechar con el riesgo al comprador desde la conclusión del contrato salvo excepciones; cabe argumentar que no hay una predisposición del ordenamiento jurídico a que dicha transmisión tenga lugar. Y si no se dan los requisitos para dicha transmisión, esta no se producirá. Lo normal es que, hasta el momento del cumplimiento, el vendedor responda *lato sensu* del incumplimiento de la obligación en cuestión.

Tengo que adelantar parte de mis conclusiones aquí y lo haré de forma muy breve. Tras un estudio conjunto del art. 1452 Cc y arts. 331 y 333 Ccom, llego a la conclusión de que el criterio que utiliza el legislador para transmitir el riesgo es la puesta a disposición de la cosa en favor del comprador; puesta a disposición que, colmada de una serie de requisitos que explicaré, se manifiesta como un llamamiento del vendedor al comprador para que la entrega se ejecute cuanto antes. Se trata de la máxima exteriorización del ánimo del vendedor dispuesto a cumplir aquí y ahora el contrato en cuestión. No es suficiente con que la cosa sea determinada desde la conclusión del contrato, por mucho que haya muchos casos en que esto sea así; esto es, que conclusión y puesta a disposición tengan lugar en un mismo momento. Sea como fuere, explicaré que el régimen de la transmisión del riesgo no nace para atender estos supuestos, sino que contempla modalidades de compraventa cuyas circunstancias postergan el cumplimiento del contrato²⁷⁸.

Con estas escasas notas, creo que se puede comprender por qué no tiene lugar la transmisión del riesgo en los dos casos que ahora se analizan. Si el vendedor está en mora para la entrega, no está dispuesto a cumplir, no tiene la cosa a disposición del comprador y, en consecuencia, no es posible transmitir el riesgo; en la situación de mora no hay ese llamamiento al cumplimiento por parte del vendedor.

Lo mismo se debe decir si el vendedor celebra varias compraventas sobre el mismo objeto. El análisis de este caso desde la perspectiva del

²⁷⁸ Vid. Capítulo 1, III, 2, B).

riesgo contractual centra la controversia en la posibilidad de que el vendedor reclame el precio acordado a todos los compradores cuando la cosa vendida se ha perdido fortuitamente antes de la entrega a alguno de ellos. IHERING dedica un particular estudio a la cuestión y trata de responder negativamente a la anterior pregunta; si bien entiende que diversos factores –la falta de apoyo en las fuentes romanas para resolver la cuestión, la validez de la doble venta, el hecho de que vender la misma cosa a varias personas no coloca inmediatamente al vendedor en imposibilidad de cumplir alguno de los contratos, así como la generalidad con la que los autores describen la máxima *periculum est emptoris* sin atender a posibles paliativos– parecen conducir a la solución contraria.

En opinión del autor, el derecho del vendedor a reclamar el precio a pesar de no entregar la cosa perdida fortuitamente no tiene el carácter ordinario de un crédito pecuniario (el cual no tiene otra finalidad que procurar la suma a la que se tiene derecho), sino más bien el carácter de una reclamación del resarcimiento de un daño que, por lo tanto, no procede en el caso en que el vendedor no lo sufra. Extrapolando tal explicación al caso de la doble venta, considera el autor que el vendedor, si no ha entregado la cosa a ninguno de los compradores, puede exigir a cualquiera el pago del precio pactado sin importar que la venta ulterior se haya concluido de buena o mala fe. Pero una vez que obtiene el precio de uno de ellos, su derecho frente al otro cesa pues ya no habría daño que resarcir²⁷⁹.

Unas reflexiones semejantes las realiza HUC cuando interpreta el antiguo art. 1138 *Code français*²⁸⁰. A lo que ahora interesa, el autor niega la aplicación de la máxima *res perit domino* y entiende que esa *aparente* reclamación del precio se trata, en realidad, de una indemnización estipulada en favor del vendedor que habría renunciado a la facultad de desprenderse de los eventuales riesgos que afecten a la cosa disponiendo de ella y entregándosela a un tercero. Por ello,

²⁷⁹ IHERING, 1862, pp. 7-18 y 24-41.

²⁸⁰ *Vid.* Capítulo 2, II, 2, A).

entiende que si hay varios hipotéticos obligados a satisfacer dicha indemnización –es decir, si ha celebrado varias ventas y son varios los compradores que en un principio habrían de pagarle ese precio que no es precio– dicho crédito solo se puede satisfacer una vez, quedando el vendedor ya indemne, y no varias veces²⁸¹.

Hay algo de contradictorio en las reflexiones de este último autor, porque parte de la base de que el vendedor no ha podido disponer de la cosa en favor de alguien para sustraerse inmediatamente de la pérdida fortuita y por ello merece protección, pero a la vez contempla el caso en que este vendedor decide celebrar varios contratos. Suena extraño. Del mismo modo, obsérvese que las explicaciones de ambos autores atienden al supuesto de pérdida y desatienden el de deterioro.

Sea como fuere, estas y otras teorías²⁸² se construyen en un ambiente que, como bien describe IHERING, apuntala la aplicación de la máxima *periculum est emptoris* desde el momento de la conclusión/perfección del contrato, sin más miramientos, como si se tratase del resultado inmanente a la compraventa; lógica del contrato a la vez ilógica desde hace mucho para los intérpretes. Y ello acaba por afectar el ánimo del legislador. Así se añade en el art. 1006.2²⁸³ del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente del actual art. 1096.3 Cc, el supuesto del compromiso de entregar una misma cosa a varias personas que, por el juego de la remisión desde la sede de riesgos en el contrato de compraventa, supone que el comprador ya no peca con el riesgo en caso de sucesivas ventas; riesgo que, de no ser por esta disposición, sí habría de asumir por ser propietario desde la conclusión del contrato. GARCÍA GOYENA no duda en apelar de la justicia de esta «escepcion»; de esta «pena» ante «la mala fé del vendedor»²⁸⁴. En efecto, es una disposición pensada para el contrato de compraventa, pero el

²⁸¹ HUC, 1894, pp. 162-163.

²⁸² ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 358-359, expone alguna otra.

²⁸³ Art. 1006.2 del Proyecto de Código civil de 1851: «Cuando el obligado se haya constituido en mora, ó se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó mas personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega».

²⁸⁴ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 539.

Proyecto, siguiendo el modelo francés, sitúa en la parte general el grueso de las soluciones para la cuestión del riesgo.

Como decía unas líneas más arriba, con las conclusiones a las que llego tras la lectura conjunta de las previsiones del Código civil y del Código de comercio, en el caso de sucesivas ventas del mismo objeto no se llega a un estadio que permita hablar de transmisión del riesgo al comprador. Esta transmisión tiene lugar con el último gesto del vendedor tendente a cumplir el contrato en cuestión; cuando este se pliega a cumplir el contrato: en el momento en que está dispuesto a cumplir aquí y ahora, tiene la cosa dispuesta para ser entregada aquí y ahora y espera al comprador. Y cuando el vendedor se compromete con dos o más personas a entregar la misma cosa, no ultima ese ánimo ni esa actividad tendente a cumplir.

Se me reprochará que trato de *huir* de las consecuencias del art. 1452 Cc; que a lo largo de esta investigación trato de reducir al máximo la aplicación de la máxima *periculum est emptoris*. Pero esta crítica está viciada y hace hipótesis de la cuestión; parte de la base de que la regla de la transmisión del riesgo tiene un vasto campo de aplicación cuando, como trataré de explicar, está pensada para un determinado escenario. Si las cosas se miran despacio, hemos asumido que el contrato bilateral por excelencia conduce por sí mismo a quebrantar en grado sumo dicha bilateralidad; toda una inercia heredada del pasado nos condiciona a pensar así. Pero en Derecho español contamos con herramientas para concluir que esto no es así.

En definitiva, la mora del vendedor en la entrega y la consecución de varias ventas sobre la misma cosa no altera la transmisión del riesgo al comprador que establece el art. 1452 Cc porque no se cumplen los requisitos necesarios para que dicha transmisión tenga lugar. Y si no se dan los requisitos necesarios para articular la transmisión del riesgo, lo normal es que el vendedor responda en *sentido lato* hasta la entrega pero no porque lo diga el art. 1096.3 Cc; sino porque así deriva de la propia estructura del contrato.

Reconozco que las previsiones del art. 1096.3 Cc se trata de dos supuestos –sobre todo, el de las sucesivas ventas– con los que se quería evitar la transmisión del riesgo al comprador que, en otro caso, supuestamente sí tendría lugar. Pero, como digo, esto no es así en el Derecho español codificado: el art. 1096.3 Cc no viene como tal a alterar el art. 1452 Cc. Así las cosas, hay que plantearse cómo se debe entender la remisión del art. 1452 Cc al art. 1096.3 Cc.

El art. 1096.3 Cc, junto al art. 1182 Cc, ha sido objeto de dos lecturas. Muy brevemente: para unos, la mora en la entrega o el compromiso a entregar una misma cosa a dos o más personas por parte del deudor supone que sean de su cuenta los casos fortuitos mediante la aplicación del expediente de la *perpetuatio obligationis*; figura que imputa al deudor el riesgo de la prestación al transformarla en su equivalente pecuniario que es debido ahora por el deudor como concepto distinto a la indemnización por daños y perjuicios que proceda²⁸⁵. Para otros, críticos con la figura de la *perpetuatio obligationis*, el precepto recoge dos supuestos en los que el deudor responde por el caso fortuito; esto es, responde sin culpa²⁸⁶.

No procede aquí pararse sobre el cuestionamiento de la figura de la *perpetuatio obligationis*²⁸⁷; aunque me persuade la posición que niega su autonomía en atención a la objetivación de la responsabilidad *strictu sensu*.

Sea como fuere, desde la perspectiva del art. 1452 Cc, la figura de la *perpetuatio obligationis* poco aclara para comprender la remisión del precepto. Cuando ABRIL CAMPOY se refiere al caso de la mora del

²⁸⁵ BADOSA COLL, 1993, pp. 24-26 y 256-259; MARTÍN PÉREZ, 1989, pp. 287 y ss. Recientemente, con profusión, LLAMAS POMBO, 2020, pp. 165 y ss., 227 y ss. y 271 y ss.

²⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1021, 1053-1059 con despliegue de argumentos en los que aquí no puedo entrar; Díez-PICAZO, 2008a, p. 679.

²⁸⁷ Recientemente LLAMAS POMBO, 2020, *passim*, ha retomado el estudio de este expediente, con una exposición de los argumentos en contra y a favor de la subsistencia de la figura del equivalente como pretensión de cumplimiento y distinta al resarcimiento de daños y decantándose por esta segunda posición.

vendedor, reflexiones que en atención a su discurso entiendo que las estima de aplicación al caso de sucesivas ventas, apunta que «el legislador sanciona al vendedor moroso *perpetuando* la obligación en aquellos casos en que esta debía haberse extinguido por imposibilidad sobrevenida y, traducido al supuesto de la compraventa, va a significar que, en caso de pérdida del bien vendido, *el riesgo lo soporta el vendedor, con lo que no tiene derecho al precio*. Y, respecto de los deterioros, *parece* que deberá proceder a la entrega del bien vendido y completar el valor de lo deteriorado»²⁸⁸.

Fijémonos que se está recurriendo a un expediente –el de la *perpetuatio*– que abordaría la cuestión del llamado riesgo *de la prestación* y atribuiría dicho riesgo al deudor que en otro caso quedaría liberado, en un ámbito –el del art. 1452 Cc– en el que lo que se está debatiendo es el denominado riesgo *de la contraprestación*. Y las explicaciones del párrafo anterior sobre la aplicación de la *perpetuatio* en sede del art. 1452 Cc parecen la traducción de un artificial intercambio de equivalente de la cosa perdida por precio o de la cosa deteriora más la diferencia del valor por precio; un circunloquio que mucho mejor se expresa afirmando que el comprador tiene derecho a resolver el contrato en caso de pérdida o a reducir el precio en caso de deterioro²⁸⁹. Pero, como decía unas líneas más arriba, en caso de mora y sucesivas ventas no se puede poner en duda que el comprador tenga tales remedios: no porque así lo establezca el art. 1096.3 Cc, sino porque *la propia regla* que esconde el art. 1452 Cc nos dice que, en tales supuestos, no tiene lugar la transmisión del riesgo²⁹⁰.

²⁸⁸ ABRIL CAMPOY, 2011, p. 174. La cursiva es añadida.

²⁸⁹ También parece recurrir LLAMAS POMBO, 2014, pp. 310-311, a la figura de la *perpetuatio* cuando estudia la cuestión del riesgo en el contrato de compraventa; al menos la menciona. Pero, con todos los respetos, no acabo de ver su función en esta sede.

²⁹⁰ Otra cuestión es cómo se articulan dichos remedios en ese sistema de responsabilidad *lato sensu* que el Código presenta desordenado: si la resolución es o no automática (la clásica discusión ya superada que rodea el art. 1124 Cc y su distinción de la teoría del riesgo) y dónde se fundamenta la reducción del precio. Son cuestiones a abordar en su momento. *Vid.* Capítulo 5, II, 1.

Por lo tanto, y en línea con la segunda lectura ya expuesta que se hace del art. 1096.3 Cc, tiene mucho más sentido entender que la remisión del art. 1452 Cc a dicho precepto viene a hacer responsable al vendedor moroso o que ha celebrado varias ventas por la pérdida o deterioros fortuitos. Pero, es una responsabilidad de la que podría verse exonerado si prueba que el mismo caso fortuito habría afectado a la cosa después de entregada, tal y como se reflexiona en sede del art. 1096.3 Cc²⁹¹. En cualquier caso, admitir esta exoneración no supone retomar lo que sería la supuesta regla de la transmisión del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato *ex art. 1452 Cc* porque, como ya he explicado, una correcta lectura de este precepto nos ilustra que, en supuestos de mora y sucesivas ventas, no se dan los requisitos de la transmisión del riesgo. El riesgo, por lo tanto, es soportado por el vendedor, lo cual quiere decir que el comprador tendrá acceso a algún remedio, aunque se vea exonerado de la responsabilidad por la pérdida y deterioros fortuitos. Y lo dicho, sin perjuicio de la responsabilidad *lato sensu* y la responsabilidad *strictu sensu* que sea consecuencia necesaria de la propia mora y del hecho de que el vendedor haya realizado sucesivas ventas. En el caso de sucesivas ventas se podría estar gestando un incumplimiento; un incumplimiento que afectaría a la transmisión de la propiedad libre de derechos de terceros si es que se reconoce la existencia de tal obligación en el Código civil español o, al menos, un riesgo del que en su caso habría de responder el vendedor a través de la evicción²⁹².

²⁹¹ PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1058-1059; Díez-PICAZO, 2008a, pp. 679 y 692. MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8710, atiende solo al caso de la mora. Quienes manejan el expediente de la *perpetuatio obligationis*, también creen que el deudor quedaría liberado en tal caso de la perpetuación. Lo aplican solo para la mora, ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, pp. 188-189 (aunque el autor dice que, por razón de la *perpetuatio*, el deudor ha de indemnizar al acreedor); MARTÍN PÉREZ, 1989, pp. 291 y ss.; VERDERA SERVER, 2013, p. 8032; LLAMAS POMBO, 2020, pp. 174-175. Lo aplica tanto a la mora como al supuesto de sucesivas ventas, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 360; lo niega expresamente para las sucesivas ventas MARTÍN PÉREZ, 1989, pp. 296-297. He de decir que, en ocasiones, no queda claro si la doctrina exige que el caso fortuito que habría de afectar a la cosa tras la entrega ha de ser el mismo o no al que la afecta antes de la entrega. BADOSA COLL, 1993, pp. 24-25, niega la liberación en caso de mora. ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 174-177, lo niega para los dos casos.

²⁹² *Vid.* Capítulo 4, IV.

En fin, critica PANTALEÓN PRIETO la responsabilidad que el art. 1096.3 Cc atribuye al deudor por el caso fortuito, cree que es una disposición que, junto el inciso final del art. 1182 Cc, no merece ser conservada y le parecería razonable entender, aprovechando la remisión del art. 1452.1 Cc, que los dos supuestos del art. 1096.3 Cc tan solo se trata de dos *excepciones* a la regla *periculum est emptoris* de forma que, en caso de pérdida, el vendedor no tiene derecho al precio pero no respondería del daño que ello causara al comprador²⁹³. Con la interpretación que yo hago del precepto, resulta que es el propio art. 1452 Cc, y no el art. 1096.3 Cc, el que nos dice que en caso de mora del vendedor en la entrega o de sucesivas ventas no se dan los requisitos para que se produzca la transmisión del riesgo al comprador.

2. Atribución del riesgo al vendedor hasta la entrega de la cosa

Recuerda DÍEZ-PICAZO que, según explica BETTI, en Derecho clásico el riesgo se traspaşa del vendedor al comprador en el momento de la *traditio*²⁹⁴. En opinión del jurista italiano, dado que la compraventa de la época clásica no es traslativa de la propiedad, sino que es un contrato que obliga recíprocamente al vendedor a la *traditio* de la cosa y al comprador al pago del precio, la cosa vendida queda en propiedad del vendedor hasta que se verifica el acto traslativo de la *possessio*. De acuerdo con esta concepción del contrato, el momento decisivo para el traslado del riesgo es, en principio, el de la *traditio*²⁹⁵.

²⁹³ PANTALEÓN PRIETO, 1993, pp. 1740-1741.

²⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, 2010, p. 112.

²⁹⁵ Inicia esta línea de pensamiento ARNÓ, 1897, pp. 4-21; en cuya opinión, tanto la tradición consistente en la física traslación de la cosa como sus formas más espiritualizadas marcan el momento a partir del cual se imputan los riesgos al comprador. ARNÓ, 1907, pp. 27-31, entiende que los textos que se refieren al *periculum emptoris* son resultado de una reelaboración de los compiladores justinianeos, quienes prescinden de diferenciar si la tradición tiene lugar o no, pues para ellos el riesgo es siempre del comprador. La tesis de la no clasicidad de *periculum est emptoris* también es acogida por Haymann, como atestigüa TALAMANCA, 1995, p. 222. Para KONSTANTINOVITCH, 1923, pp. 160 y ss., los testimonios clásicos recogidos en la Compilación justiniana están interpolados y que el cambio de orientación responde a la aproximación de la compraventa romana a la helénica; tesis que

El apoyo indubitado a tal tesis lo encuentra en D. 18, 6, 13 (12)²⁹⁶ y D. 18, 6, 15 (14)²⁹⁷. Sin embargo, aunque así lo sostenga en línea de principio, el autor aclara que «no debe creerse que tales criterios fueron aplicados como un simple proceso lógico de consecuencias irremisibles; porque cuando la situación de los intereses exigía un trato diferente, haría ver como justo un anticipado traspaso del riesgo, los juristas romanos no tuvieron dificultad en admitirlo así»²⁹⁸. Por lo tanto, la asignación del riesgo al comprador se puede anticipar a la *traditio* con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debido al poder de control que se confiere al comprador. Tal es el caso de D. 18, 6, 17 (16) donde no se produce una *traditio ex causa emptionis* del esclavo, sino que este queda sujeto a la mera disponibilidad de hecho e instrucciones del comprador a través de su arrendamiento.

En segundo lugar, debido a la intrínseca naturaleza perecedera de la mercancía, como el vino, de la cual el comprador ha comprobado su consistencia mediante la *degustatio*; momento que supone la atribución del riesgo de dicha mercancía [cfr. D. 18, 6, 16 (15)].

HUVELIN, 1924, p. 319, considera plausible a grandes rasgos. No obstante, quien ahonda con profusión en esta dirección es BETTI.

²⁹⁶ D. 18, 6, 13 (12):

13(12). El edil mandó destruir unas camas que habían sido compradas y colocadas en la vía pública. Si hubiesen sido entregadas al comprador o dependió de éste el no haberse realizado la entrega, parece bien que el riesgo lo soporte el comprador, (Paul. J epit. Alf. dig.)

13(12) PAULUS libro tertio Alfeni Epitomarum
Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi
essent, concidit; si traditi essent emptori aut
per eum stetisset, quo minus traderentur,
emptoris periculum esse placet

²⁹⁷ D. 18, 6, 15 (14):

15(14). Pero si aquellas camas no hubiesen sido entregadas, ni el comprador hubiese incurrido en mora respecto a su entrega, el riesgo será del vendedor. (...) (Paul. 3 epit. Alf. dig.)

15(14) PAULUS libro tertio epitomatorum
Alfeni
Quod si neque traditi essent, neque emptor in
mora fuisset quo minus traderentur,
venditoris periculum erit.

²⁹⁸ BETTI, 1969, pp. 193-195.

En tercer lugar, debido a la naturaleza mortal del esclavo y la autoresponsabilidad que asume el comprador que lo deja con el vendedor tras su compra. Según señala BETTI, el hecho de que en D. 18, 5, 5, 2 se equipare la muerte del esclavo comprado que se deja junto al vendedor al supuesto en que dicho esclavo ya hubiese sido entregado, muestra que los juristas clásicos están apegados a la idea de que los riesgos se atribuyen al comprador en el momento de la *traditio*.

En cuarto lugar, el autor identifica otro supuesto de autorresponsabilidad del comprador en D. 19, 1, 54, pr; supuesto en el que, de nuevo, el esclavo comprado pero que queda a cargo del vendedor realiza las actividades que de costumbre éste le indicaba o realiza alguna otra actuación en interés del comprador. Del mismo modo, atendiendo a la idea de conectar el riesgo al interés del comprador, considera que en los casos en que proceda la expedición de las mercancías, el riesgo debe corresponder también al comprador pues la actividad del vendedor finaliza una vez que se despoja de las mismas²⁹⁹.

Finalmente, en algún caso, en el que se pretende tutelar el interés del vendedor, se impone al comprador un margen de riesgo excedente al normal. Tal es el supuesto de las compraventas *per aversionem* contempladas en D. 18, 1, 62, 2, donde se compra una cantidad de cosas por un precio global. Este tipo de ventas se caracteriza por cierto elemento de aleatoriedad, pues el vendedor no garantiza la cualidad de las cosas compradas y el comprador las acepta en el estado en que objetivamente se encuentren³⁰⁰.

El cambio de paradigma se produce, dice BETTI, posteriormente, cuando se consolida el dogma bizantino de la *emptio perfecta*, tal y

²⁹⁹ También GLÜCK, 1901, p. 933, considera que la expedición de las mercancías es a riesgo del comprador.

³⁰⁰ BETTI, 1956, pp. 174-185.

como ya he explicado anteriormente, con el cambio de concepción del contrato de compraventa³⁰¹.

No obstante, la tesis que niega la clasicidad del *periculum est emptoris* y defiende la aplicación del principio *periculum est venditoris ante traditionem* en la época clásica no es acogida por la generalidad de la doctrina. Bien es cierto que, en opinión de algunos, no cabe descartar que la doctrina de la *emptio perfecta* sea una generalización justiniana de particulares decisiones clásicas³⁰², una construcción de los compiladores para enfatizar el principio ya existente³⁰³ o un criterio que no tienen por qué conocer todos los juristas clásicos³⁰⁴; sin embargo, no niegan que haya evidencias en las fuentes sobre la aplicación del *periculum est emptoris ante traditionem*.

Precisamente, esta es una de las críticas que se hacen a la tesis de Betti. Los textos en los que se constata la aplicación del *periculum est emptoris* son tan numerosos que el autor debe reconocer que los jurisprudencias de la época clásica recurren al mismo en muchas hipótesis; excepciones tan numerosas y de tan amplio alcance que, a la postre, acaban con el criterio defendido y confirman la regla general de que el comprador soporta el riesgo antes de la *traditio*³⁰⁵. La generalidad de la doctrina se mueve en este último sentido³⁰⁶.

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 163 y ss.

³⁰² BURDESE, 1964, p. 537.

³⁰³ ARANGIO-RUIZ, 1989, p. 342.

³⁰⁴ DE ZULUETA, 1945 (1966), pp. 33-34.

³⁰⁵ PROVERA, 1962, pp. 702-704.

³⁰⁶ Señala APPLETON, 1926, pp. 378-388, que, si los clásicos hubiesen admitido la aplicación del *periculum est venditoris* y Justiniano lo hubiese sustituido por el principio *periculum est emptoris*, el emperador lo habría proclamado como una innovación propia, quizás en una constitución como hizo con otras modificaciones menos importantes en materia de compraventa, en vez de realizar el cambio a hurtadillas mediante interpolaciones. En opinión del autor, suponer que los compiladores efectúan un cambio radical en la materia presenta tal improbabilidad que raya la imposibilidad. Si el derecho clásico hubiese puesto el riesgo a cargo del vendedor, apunta, los compiladores no habrían realizado un cambio en el estado de las cosas, pues con ello el sistema habría consagrado la interdependencia de las obligaciones del vendedor y comprador; interdependencia que la jurisprudencia romana finalmente reconoce, contrariamente a la antigua doctrina que establece la independencia de las dos obligaciones. Le sigue ROBAYE, 1987, p. 350. Reitera APPLETON, 1927, p. 248, que quienes

Por supuesto, la apelación por Díez-PICAZO a este lejano y dudoso antecedente no se hace con ningún ánimo de traerlo a colación en una reinterpretación del art. 1452 Cc que esquite la máxima *periculum est emptoris*, sino que la crítica al precepto viene de la mano de acontecimientos más recientes. Como explica ALONSO PÉREZ, es la influencia de PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, quienes en los años treinta del pasado siglo remarcaban la «radical divergencia» entre el art. 1452 Cc y el § 446 BGB³⁰⁷ que estipula la transmisión del riesgo en el momento de la entrega, la que mueve a la doctrina a considerar injusta la regla de la transmisión del riesgo del precepto español³⁰⁸. Como explica RODRÍGUEZ-ROSADO, es a partir del momento en que cuaja en España la «solución sinalagmática en materia de riesgos» –de forma que se consagra una «trabazón entre ambas obligaciones que hace imposible que una se extinga por imposibilidad sin provocar a su vez la extinción de la otra»– con la consabida –y poco justificada³⁰⁹– excepción en el contrato de compraventa, cuando se buscan diversos expedientes para sortear la regla *periculum est emptoris* en este último

defienden la atribución del riesgo al vendedor antes de la *traditio* en la época clásica presentan una idea preconcebida a la que quieren amoldar las fuentes mediante una crítica quirúrgica y ortopédica. Por su parte, LONGO, 1944, p. 211, se muestra muy tajante al señalar que la supuesta innovación atribuida a Justiniano no es cierta ni en sueños. GROSSO, 1950, p. 233, apunta que, si bien es posible la existencia de dudas y discusiones sobre la determinación de un límite o criterio sobre el riesgo a través de los distintos casos concretos que recogen las fuentes, no se puede dudar de la claridad de los textos referidos al *periculum est emptoris*. En este sentido, ARANGIO-RUIZ, 1954, p. 266, resalta que los textos en los que se afirma que el riesgo de la cosa corresponde al comprador antes de la tradición son tantos, tan explícitos y fidedignos que no cabe dudar de ello. JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 327, aunque reconocen que hay casos particulares de textos clásicos que atribuyen los riesgos al vendedor antes de la *traditio*, advierten que no derogan la vigencia del principio *periculum est emptoris*, sino que sólo reducen su aplicabilidad. También CARDILLI, 1995, p. 296, ve excesivo querer construir una regla contraria al *periculum est emptoris*, aunque no se pueda descartar la existencia de particulares excepciones. Por último, subraya ZIMMERMANN, 1996, p. 282, que en la actualidad la idea que prevalece es que la máxima *periculum est emptoris* no es solo la regla en Derecho justiniano, sino también en la etapa clásica.

³⁰⁷ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 59.

³⁰⁸ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 398.

³⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 84.

contrato³¹⁰. Y ante un precepto que «no contiene una norma terminante sobre la imputación del riesgo en el contrato de compraventa»³¹¹, parte de la doctrina considera que nuestro Código civil ha optado por imputar, en mayor o menos medida, el riesgo al vendedor hasta la efectiva entrega de la cosa. Algún intérprete dirige sus esfuerzos a salvar cualquier obstáculo que el art. 1452 Cc pueda representar a la tesis de que todo riesgo corresponde al vendedor. No obstante, existe mayor consenso, dentro de este sector doctrinal, en sostener que el riesgo de pérdida corresponde al vendedor y el de deterioro al comprador.

En primer lugar, cabe citar a ALBALADEJO. En su opinión, la tesis mayoritaria de que los riesgos los soporta el comprador desde la celebración del contrato se sostiene en ocasiones por entenderse que no cabe otra en nuestro Derecho, tal y como evidencia que algunos de sus defensores consideran que sería más justa y preferible la solución contraria del § 446 BGB³¹².

El autor, sin embargo, ve en el art. 1452 Cc suficiente apoyo para defender la tesis de que todo riesgo corresponde al vendedor. Para ALBALADEJO, la expresión «no se imputará el riesgo al comprador» contenida en el art. 1452.3 Cc no alude en absoluto a la cuestión del

³¹⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 71-73. Señala el autor que Manresa parece ser el primero que plantea la cuestión de la suerte de una obligación contractual en caso de extinción por imposibilidad sobrevenida fortuita de la recíproca y postula, con apoyo en el art. 1124 Cc, la solución extintiva de ambas obligaciones. También Pérez González / Alguer atienden al antiguo § 323 BGB y, si bien no observan un precepto correlativo en el Código español, creen que la misma solución puede apoyarse en el art. 1124 Cc; eso sí, salvo particulares normas sobre el riesgo como es el caso del art. 1452 Cc en sede de compraventa. Señala el autor que es CASTÁN TOBEÑAS, 1954, pp. 84 y 1956, p. 83, quien difunde esta comparativa entre el sistema alemán y español, la aceptación de la bilateralidad y la extinción de la obligación correlativa en caso de imposibilidad fortuita de la otra salvo en el excepcional caso de la compraventa.

³¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, 1966, p. 58.

³¹² Efectivamente, recordemos que CASTÁN TOBEÑAS, 1956, pp. 83-86; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, pp. 570-571; MANRESA Y NAVARRO, 1969, pp. 148-149, sostienen que la «solución racional» sería la de imputar los riesgos al vendedor. Al § 446 BGB atiendo más adelante. *Vid.* Capítulo 4, IV.

riesgo de la contraprestación, sino tan solo al riesgo de la prestación, tal y como lo confirma el reenvío del art. 1452.1 a los arts. 1096.3 y 1182 Cc.

El art. 1452 Cc, insiste, no entra a valorar si, por razón de la pérdida o deterioro de la cosa, el comprador queda exento o no de su obligación de pagar el precio. Y al dejar sin resolver tal cuestión, el autor ofrece dos soluciones. Con relación a la pérdida total, se debe acudir a la regla general de que la extinción de una obligación recíproca por imposibilidad no imputable permite al acreedor resolver el contrato. Respecto del deterioro, ALBALADEJO sostiene que del art. 1468.1 Cc³¹³ cabe deducir que el vendedor ha de reparar a su costa los desperfectos fortuitos que sufra la cosa desde la perfección del contrato³¹⁴ hasta la entrega pues, en caso contrario, no la entregaría en el estado en que se hallaba en ese primer momento, tal y como exige el precepto³¹⁵.

Esta interpretación es una de las tantas posibles pues, como dije en su momento, la anfibológica letra del art. 1452 Cc propicia la multiplicación de lecturas y la que presenta el autor casa con la literalidad del precepto.

Sin embargo, considero que las conclusiones a las que se llega son inasumibles, pues se hace *tabula rasa* de todo el bagaje anterior y se elimina de un plumazo una ininterrumpida línea de continuidad entre el Derecho histórico y el Código civil que demuestra que la intención del legislador de 1889 está encaminada a mantener la regla *periculum est emptoris*. El caso es, insisto, que creo que se le ha atribuido un alcance que no tiene. Del mismo modo, la propuesta del autor reduce el precepto, como viene a reconocer ALBALADEJO, a una disposición

³¹³ Art. 1468.1 Cc: «El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato».

³¹⁴ Se infiere de su discurso que el autor hace equivaler la perfección a la conclusión del contrato.

³¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, 1980b, pp. 50-54.

del todo prescindible; a una remisión a las reglas generales de las obligaciones que ya se aplicarían sin necesidad de remisión³¹⁶.

En la actualidad, todo replanteamiento de la cuestión de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa esboza propuestas, en mayor o menor medida, coincidentes con las del autor citado y mi intención no es desviarme de este camino. Como expondré en su momento, hay razones teóricas y prácticas que exigen e invitan a aproximar, o a hacer coincidir, la atribución del riesgo al vendedor hasta el momento previsto para la entrega³¹⁷. Pero si de lo que se trata en este momento es de conocer el criterio del legislador de 1889, no hay *absolutamente nada* que demuestre un cambio de planteamiento por el cual el Código civil haya abandonado el inalterado criterio mantenido hasta la fecha de su publicación para seguir una alternativa como la que propone ALBALADEJO. El art. 1452 Cc no se ocupa del riesgo de la prestación; parte necesariamente de tal supuesto, de ahí la referencia a los arts. 1096.3 y 1182 Cc, pero su propósito es regular el riesgo de la contraprestación tal y como se ha definido desde hace siglos: «el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato».

Nótese, además, que el autor no defiende a ultranza su postura. A lo largo de su exposición, repite una y otra vez que se trata tan sólo de una posible interpretación y tiene presente los argumentos oponibles a sus explicaciones. Así, ALBALADEJO concluye como sigue: «Yo, si puede entenderse que en materia de riesgo nuestro Cc permite la interpretación que los carga sobre el vendedor, sería partidario de que los sufriese éste. Pero si, como parece, tanto la opinión doctrinal más extendida como la jurisprudencia rechazan esa tesis, creo que la que debe acogerse es la de que el riesgo de perecimiento lo soporta el vendedor, y el de menoscabo, el comprador»³¹⁸.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

³¹⁷ *Vid.* Capítulo 4.

³¹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, 1980b, p. 55.

La tesis a la que finalmente se adhiere el autor se basa en una feliz y fácil interpretación literal del art. 1452 Cc: que el término «daño» del art. 1452.1 Cc atiende tan sólo a los deterioros de la cosa y no al perecimiento y sus diferentes modalidades; supuesto que tendría que regirse por los principios generales que emanan del art. 1124 Cc.

El primero en plantear esta lectura del art. 1452 Cc es, hasta donde he podido comprobar, ALCÁNTARA SAMPELAYO. Bien es cierto que el autor no concede centralidad a esta reflexión y tan sólo la menciona una vez³¹⁹ en un estudio donde defiende imputar el riesgo de la contraprestación al vendedor con base en la aplicación del brocardo *res perit domino* y en la teoría de la causa que vendría a informar el art. 1124 Cc³²⁰. Pero hecha la alusión, aquella lectura es acogida por otros autores que le otorgan mayor protagonismo para facilitar la tarea interpretativa del art. 1452 Cc y concluir que el riesgo de pérdida corresponde al vendedor.

En este sentido se pronuncia DíEZ-PICAZO. Para el autor, el art. 1452 Cc se refiere al «daño o provecho de la cosa vendida, sin mencionar para nada la pérdida, destrucción o *interitus*». Por ello, opina que el Código presenta, «en puridad, una laguna que tiene que ser colmada de acuerdo con las normas generales»³²¹. Por su parte, PINTÓ RUIZ repara con insistencia en este argumento; apuntando una y otra vez que el art. 1452 Cc se abstrae del perecimiento de la cosa, en el sentido más amplio de la expresión, de forma que la solución al caso debe encontrarse en el art. 1124 Cc³²².

Una de las críticas que cabe hacer a esta interpretación ya la adelanta el propio DíEZ-PICAZO³²³: se trata de una lectura, como ya comenté,

³¹⁹ ALCÁNTARA SAMPELAYO, 1946, p. 504.

³²⁰ Sobre la relación entre los arts. 1124 y 1452 Cc, *vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

³²¹ DíEZ-PICAZO, 2010, p. 116.

³²² PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 699, 710-711, 745-749.

³²³ DíEZ-PICAZO, 2010, p. 116.

excesivamente literal del precepto³²⁴. El daño o *damnum* del art. 1452 Cc acoge una terminología antediluviana que comprende desde el mínimo deterioro hasta el perecimiento absoluto de la cosa y el análisis de los precedentes del precepto no permite desconocer tal extremo. Pero, además, si quedase alguna duda al respecto, o si se quisiese prescindir de tales antecedentes, observamos que, para regular ese daño, el art. 1452 Cc se remite al art. 1096.3 Cc, que habla de casos fortuitos en general, y al art. 1182 Cc, que habla de pérdida o destrucción en particular.

Por supuesto, estos autores no sólo basan su postura en esta interpretación literal del precepto. Al valorar la posibilidad de que el art. 1452 Cc prevea que los riesgos corresponden al comprador, se interrogan acerca de la conformidad de tal interpretación con la interdependencia de las obligaciones del vendedor y comprador y los principios generales que rigen las obligaciones bilaterales.

Como dice Díez-PICAZO, «no hay ninguna razón de fondo, ni de justicia [...] para que en un contrato que no se cumple en sus propios términos, el comprador tenga que desembolsar el precio sin recibir nada a cambio, como no sea una desmedida e injustificada protección de los vendedores, que, en un sistema suficientemente desarrollado, no tiene ninguna razón de ser»³²⁵. Por su parte, apunta PINTÓ RUIZ que la regla «ataca gravemente» el principio de reciprocidad; «repugna» una aplicación indiscriminada del *periculum est emptoris* y obligar a alguien a efectuar su prestación sin la seguridad de que la contraprestación vaya a realizarse³²⁶. Muchas de las críticas del autor están bien dirigidas; tal y como explica, la regla se ha llevado a tales

³²⁴ También LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 42, en nota: tal interpretación «se aferra a un entendimiento de las palabras de dicho artículo, más que puramente literal, restrictivo, del todo improcedente en nuestro caso». Apela a la conjunción del *periculum et commondum*, el pro y el daño en los precedentes históricos; fórmulas que comprenden las hipótesis de desaparición o perecimiento y las de deterioro o simple menoscabo. «No podría ser de otro modo en el Cc», dice el autor.

³²⁵ Díez-PICAZO, 2010, p. 115.

³²⁶ PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 696 y 704.

extremos y absurdos que, o bien está mal formulada, o bien la aplicamos mal³²⁷.

Pero, como decía, partir de que el art. 1452 Cc alude exclusivamente al deterioro, supone salvar un importante obstáculo para evitar lo que se considera anómalo (que el riesgo de pérdida pueda corresponder al comprador antes de la entrega) y relegar el precepto a un tercer plano. Es más, no me cabe la menor duda de que estos autores también abogarían por imputar el riesgo de deterioro al vendedor si considerasen que la letra del art. 1452 Cc admitiría tal lectura³²⁸. No obstante, no eluden, a diferencia de ALBALADEJO, que el precepto sí regula, aun mínimamente, el riesgo de la contraprestación³²⁹.

Además, debo repetir lo ya apuntado respecto a la tesis barajada por ALBALADEJO de que todo riesgo corresponde al vendedor. A pesar de la escasa trascendencia que los anteriores autores quieren otorgar al precepto con relación al riesgo del precio, no creo que sus propuestas se ajusten al criterio que mantiene el legislador; más bien, se apartan de él. Y digo esto, insisto, sin perjuicio de la necesaria actualización que reclama el antiguo expediente del riesgo en la compraventa.

Del mismo modo, cabe apuntar que la bipartición del régimen del riesgo puede ser fuente de eventuales litigios en aquellos supuestos en que la valoración de la entidad del daño como perecimiento o deterioro, con las consecuencias jurídicas que ello supondría en uno u

³²⁷ *Ibidem*, p. 699.

³²⁸ *Vid.* cómo reflexiona Díez-PICAZO, 2008a, p. 422, en sede del art. 1122.3.ª Cc para las condiciones suspensivas, con carácter general, para las obligaciones sinalagmáticas: «el problema de los deterioros fortuitos o del daño sufrido por las cosas debidas, en una obligación sinalagmática, no queda resuelto con la simple aplicación de la regla tercera del art. 1122. El criterio de la reciprocidad, propio de este tipo de obligaciones, parece que debe permitir al acreedor, en línea de principio, la opción entre demandar la resolución del contrato o exigir la reducción proporcional de la contraprestación a su cargo». Sobre la cuestión del riesgo en compraventa sometida a condición suspensiva, *vid.* Capítulo 3, III, 1.

³²⁹ Díez-PICAZO, 2010, p. 115, reconoce que «es innegable que la tradición histórica se sitúa en favor de quienes entiende que subsiste, en Derecho español, la regla de que el riesgo [de la contraprestación] es del comprador».

otro caso respecto de los derechos y obligaciones de las partes, no sea evidente³³⁰. Y por mucho que, según apunten algunos, la cuestión del riesgo en la compraventa solamente alude, en su origen más pretéritos, al *interitus rei* y que su unión al *incommodum* (y al *commodum*) se produce con posterioridad, una indudable razón de conveniencia práctica aconseja no separarlos en la actualidad³³¹. Por estas razones, PINTÓ RUIZ se ve en la necesidad de aclarar que acoge la tesis de que el art. 1452 Cc sólo alude al deterioro siempre que se tenga en cuenta que aquel menoscabo de una cualidad de la cosa que quepa considerar como esencial o que la haga inútil para su destino se trata de un supuesto de perecimiento³³².

3. Teoría de la perfección del contrato

Hasta aquí, dos lecturas polarizadas del art. 1452 Cc que, en mi opinión, no ilustran con fidelidad la regla sobre el riesgo de la contraprestación contenida en el precepto. Frente a ellas, mejor enfoque presentan aquellos análisis doctrinales que, ante los innegables ecos que la máxima *periculum est emptoris* presenta en nuestro Código civil, buscan quizás no tanto acotar sino desvelar su verdadero radio de acción. Se trata de los estudios de DE COSSÍO Y CORRAL, ROCA SASTRE y ALONSO PÉREZ.

Considero enriquecedor revisar con detenimiento estos estudios. Lo haré siguiendo un orden cronológico. Destacar sus aciertos y evidenciar lo que para mí son –con todos los respetos– errores nos allanará el camino para identificar el motivo y el fundamento últimos por los que, en mi opinión, el Código civil reparte el riesgo entre el

³³⁰ TALAMANCA, 1995, p. 294, especula que, entre otras posibles razones, el *periculum* y el *incommodum* se unen ante las dificultades de distinguir los límites cualitativos y cuantitativos que los separan. *Vid.* Capítulo 3, III, 1, B).

³³¹ Dice LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 42 en nota: «La separación entre perecimiento de la cosa y deterioros, plantearía, además, una cuestión de fronteras: ¿cuándo se pierde la cosa y cuándo se perjudica muy gravemente? Y entonces: ¿por qué atribuir el daño al comprador cuando la cosa se desvaloriza en muy alta proporción, y al vendedor sólo cuando ésta se extingue, acaso dejando unos restos valiosos?».

³³² PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 699 y 746.

comprador y el vendedor. Estos autores desarrollan sus argumentos con base en otra de las teorías que tratan de explicar el fundamento de la máxima *periculum est emptoris* en Roma. En este caso, el foco de atención recae sobre la distinción, a los efectos de la transmisión del riesgo, entre la denominada compraventa *contracta* y la compraventa *perfecta* o *impleta*.

A) Complejidad en torno al término *perfección*

Como ya he señalado, en el análisis de las fuentes no se ha desconocido que la perfección del contrato de compraventa de la que depende su fuerza obligatoria, sancionada por el consentimiento de las partes, se debe distinguir de la perfección por la que se atribuye el riesgo al comprador³³³. Cuando se habla de riesgo, las expresiones *perficere emptionem* o *emptio perfecta* no se refieren a la perfección del contrato en el sentido de su existencia jurídica, sino a una compraventa productora de consecuencias jurídicas; lo cual no tiene por qué tener lugar necesariamente en el momento en que el consentimiento se manifiesta³³⁴; hasta ese instante cabría hablar de *periculum venditoris*³³⁵. La generalización de la máxima *periculum est emptoris*, por lo tanto, se debe rechazar³³⁶ para comprender que la regla es menos severa de lo que a primeras parece³³⁷. Otra cosa es que, reconociendo la diferencia entre ambos conceptos, se considere que *lo normal* es que la celebración del contrato y la perfección a efectos del riesgo coincidan en el mismo momento, aunque de forma inmediata se reconoce que hay *excepciones* o casos en que ello no es así³³⁸; de ahí

³³³ GLÜCK, 1901, p. 968.

³³⁴ BIONDI, 1965, p. 488. En similar sentido, BURDESE, 1964, p. 536.

³³⁵ DE ROBERTIS, 1982, p. 991.

³³⁶ WINDSCHEID, 1904, p. 100.

³³⁷ BUCKLAND/McNAIR, 1965, p. 288.

³³⁸ KASER, 1965, p. 192; ZIMMERMANN, 1996, p. 283. Reflexionan sobre la regla, haciendo coincidir celebración del contrato y atribución del riesgo al comprador, WINDSCHEID, 1904, p. 82; SCHULZ, 1960, p. 509; WATSON, 1965, p. 72. LONGO, 1944, p. 212 señala que *lo más común* es que la compraventa tenga por objeto prestaciones ejecutables en el momento de la conclusión del contrato; casos en que el *periculum* pasa al comprador *statim*, es decir, en ese mismo momento. Pero rápidamente aclara que la compraventa consensual puede presentar

que no se disipen las críticas y sospechas que suscita la regla³³⁹ y que se han reproducido al analizar nuestras normas codificadas.

La complejidad del término perfección arriba a POTHIER, quien recuerda que está establecido en el Digesto que, cuando el contrato de compraventa es perfecto, la cosa vendida queda a riesgo del comprador, aunque no haya sido todavía *livrée*: si la cosa perece sin culpa del vendedor, este queda liberado de su obligación, pero no el comprador de la suya. Este sigue obligado a pagar el precio.

No plantea duda lo primero, dice el autor, pues toda obligación *sobre cuerpo cierto* se extingue cuando la cosa deja de existir. Pero la segunda parte de la decisión presenta alguna dificultad; dificultad que, como explicaré más adelante, deviene para el autor de ciertas opiniones procedentes de la Escuela de Derecho Natural y que son *aparentemente* contrarias al *periculum est emptoris*³⁴⁰ Sea como fuere, POTHIER defiende la regla³⁴¹.

Dice el autor que la compraventa es un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento, pues la «*tradition*» de la cosa no es precisa para la perfección del contrato³⁴². Nos encontramos pues, con una afirmación acerca del carácter vinculante del contrato por el intercambio del consentimiento sobre la cosa y el precio: compraventa perfecta es compraventa concluida.

situaciones en las que el intercambio se difiere necesariamente a un momento posterior a la conclusión del contrato; casos en que la atribución de los riesgos al comprador se retrasa indefectiblemente

³³⁹ Cuando BETTI, 1969, p. 192, argumenta que el criterio bizantino de la *emptio perfecta* designa el acuerdo de las partes, no duda en mostrarse extrañado ante semejante resultado. El autor se pregunta cómo es posible que el Derecho justiniano introduzca tal noción para determinar la atribución del riesgo al comprador en un momento, el de la celebración del contrato, en el que ni siquiera existe una disponibilidad de hecho sobre la cosa que le ponga en situación de prevenir los potenciales peligros que la amenacen.

³⁴⁰ *Vid.* Capítulo 2, II, 2, B), i).

³⁴¹ Parte de sus argumentos ya los he expuesto anteriormente. *Vid.* Capítulo 1, II, 1, B).

³⁴² POTHIER, 1844b, p. 187.

Pero de nuevo sobre la cuestión del riesgo, señala POTHIER: después de haber visto que la cosa vendida deviene a riesgos del comprador tan pronto como el contrato de compraventa alcanza su perfección, hay que ver cuándo se produce tal perfección; planteamiento del que surge una distinción casuística a la que hago una breve aproximación.

Ordinariamente, dice el autor, el contrato de compraventa alcanza su perfección en cuanto las partes acuerdan el precio por el que la cosa será vendida. Esta regla se aplica a la compraventa de cosa cierta y se trata de una compraventa pura y simple.

Pero si la compraventa recae sobre cosas que consisten *in quantitate*, y que se vende a peso, número o medida, la venta no es perfecta hasta que las cosas se pesan, cuentan o miden porque, hasta ese momento, *nondum apparet quid venierit*. No duda el autor que existe un contrato vinculante antes de tales operaciones —«*les engagements qui en naissent existent*», dice—; pero el compromiso no ha alcanzado su perfección en el sentido de que su objeto todavía es indeterminado y solo deviene determinado mediante el pesaje, numeración o medida. Solo después de tales operaciones «*la chose vendue peut devenir aux risques de l'acheteur; car les risques ne peuvent tomber que sur quelque chose de déterminé*»³⁴³.

POTHIER continúa con su descripción. La compraventa tampoco es perfecta cuando se vende todo el contenido de un almacén a tanto el peso, número o medida; las *mercaderías* —dice ahora— no están a riesgo del comprador porque hasta que son pesadas, contadas o medidas no *apparet quantum venierit*. Al depender el precio del peso o medida, no hay precio determinado hasta ese momento; la compraventa no es «*assez parfaite*» —dice— para que el riesgo corresponda al comprador.

Otra cosa sucede en la compraventa *per aversionem*, es decir, una venta en bloque y por un solo precio; caso en que la compraventa es

³⁴³ *Ibidem*, pp. 190-191.

perfecta desde el instante del contrato y, en consecuencia, las cosas están a riesgo del comprador³⁴⁴.

Las anteriores son modalidades de compraventas que están presentes en el art. 1452 Cc y estudiaré en su momento³⁴⁵. POTHIER, continúa aplicando el expediente de la perfección a otras modalidades de contrato: en la compraventa de cosas que se han de gustar, la compraventa es imperfecta hasta la degustación. Y también le dedica su atención a la compraventa sometida a condición y la compraventa alternativa³⁴⁶.

Como se observa, en las explicaciones de POTHIER encontramos el reforzamiento de esa idea de que la transmisión del riesgo al comprador depende de que la cosa sea determinada; regla que, desprendida de otras posibles consideraciones más allá de ciertas excepciones reconocidas, ha sido asumida como incuestionable y reverbera en toda aproximación al art. 1452 Cc que ya, de antemano, miramos con recelo.

El término perfección es, en efecto, de mayor alcance que su mera equivalencia a la conclusión de la compraventa. También la doctrina española ha barajado en su momento su plural significado si bien, como he dicho, en el Código civil se ha identificado con la conclusión del contrato.

En la *Librería de escribanos* al término perfección se le otorga hasta cuatro significados. Según se lee: «Puede celebrarse la venta en el lugar en que está la cosa ó en otro, estando presenten ó ausentes los contrayentes, y con escritura ó sin ella. Si pactan que ha de hacerse escritura, no se perfecciona, aunque se conformen en el precio, hasta que se otorga, y así cualquiera de los dos puede arrepentirse, pues una cosa es la promesa de vender, y otra la perfeccion del contrato, el cual

³⁴⁴ *Ibidem*, pp. 191-192.

³⁴⁵ *Vid.* Capítulo 3, II.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 193-194.

puede llamarse perfecto en cuatro casos: el primero es, cuando los contrayentes se convienen en el precio y cosa, y pactan que ninguno ha de poder apartar ni arrepentir: el segundo es, cuando espresan todo lo que tienen en la mente, é intervienen todas las cosas que el contrato pide por forma y solemnidad: el tercero es respectivo á la accion y obligacion que produce, pues habiéndose hecho puramente incontinentemente nacen estas, y si es condicional, luego que se verifica la condicion y no antes; y el cuarto es en el tocante al efecto y ejecucion del contrato y translación del dominio que exige la tradicion de la cosa»³⁴⁷.

No se trata de realizar aquí un análisis de esta descripción cuaternaria del término perfección; aunque apuntaré que la cuarta formulación del significado de la perfección se me antoja particularmente enigmática, además de afrancesada. A mi entender, es difícil que un mismo concepto pueda aludir a cuestiones tan diversas aunque tan relacionadas, en la medida en que se admita que son *perfecciones* que pueden tener lugar en diversos momentos, y se asegure claridad y certidumbre en la exposición; claridad y certidumbre que no se aprecia en sede del art. 1452 Cc. Nadie juzga satisfactoria su letra y no se acaba de comprender su fundamento³⁴⁸. En Derecho francés, en cambio, no parece haber dado problema el asumir la acepción plural del término perfección³⁴⁹.

Sea como fuere, a pesar de la plasticidad del término, la forma en que se ha descrito –regla frente a casos particulares y excepciones– ha apuntalado de forma casi irremediable esa idea de la aplicación de la

³⁴⁷ GUTIÉRREZ, 1825, pp. 400-401. La cursiva es añadida.

³⁴⁸ Dice ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10239-10249: «Si asumimos que en el Código los riesgos se atribuyen al comprador porque eso es lo que el legislador suponía, aunque no llegar a formularlo, hay que tener en cuenta que tal regla no era tan simple, o mejor dicho, tal regla suponía un concepto de perfección del contrato que hoy en día se ha perdido. [...] El problema de la doctrina de riesgos se aminoraría si, o bien se vuelve a la vieja noción de perfección contractual basada en criterios variables según los casos o, como parece más razonable, asumiendo que hoy la noción de perfección contractual es estática y se *reformula* la doctrina de los riesgos para adaptarla a la terminología actual».

³⁴⁹ *Vid.* Capítulo 2, II, 1.

máxima *periculum est emptoris* desde el mismo instante de la conclusión del contrato. Pero encontramos formulaciones distintas de cómo comprender esa antigua perfección que, como decía, han sido tenidas en cuenta en varios estudios del art. 1452 Cc y cuyos planteamientos me invitan a concluir que la cuestión de la transmisión del riesgo tiene un alcance diverso al que tradicionalmente se le ha querido dar.

En opinión de ARANGIO-RUIZ, la máxima *periculum est emptoris* es clásica y, aunque considera que corresponde a la época postclásica y a los compiladores justinianos su énfasis a través de la creación de la doctrina de la *emptio perfecta*³⁵⁰ plasmada en D. 18, 6, 8, pr., apunta que se aplica cuando la cosa está en estado de ser entregada por el vendedor y retirada por el comprador³⁵¹.

Según el autor, el momento en que los riesgos se atribuyen al comprador, que puede tanto coincidir con el acuerdo como ser más o menos retardado en el tiempo, es aquél en el que las obligaciones que surgen del contrato están en condiciones de poder ser realizadas *hinc inde*; instante al que se refiere la terminología de la *emptio perfecta* la cual, debe aclararse, no es siempre constante.

Muchas son las circunstancias susceptibles de diferir dicha perfección. Las más características son las siguientes: cuando la cosa todavía no ha llegado a ser o no había alcanzado el estado previsto en el contrato, como en el supuesto de compraventas de cosas futuras o de cosas que el vendedor mismo debe previamente adquirir de otro, adaptar o construir; si la cosa específica objeto de la compraventa debe ser separada del conjunto del que forma parte, o pesada o medida o contada antes de ser puesta a disposición del comprador; la existencia de un término inicial, constituido a favor del vendedor o del

³⁵⁰ También opina MANNA, 1990, p. 273, que la *perfectio emptionis*, considerada en su acepción de momento para atribuir el riesgo al comprador, es probablemente una creación justiniana.

³⁵¹ ARANGIO-RUIZ, 1954, pp. 254-257.

comprador, que retarde la exigibilidad de las obligaciones del contrato siempre que la parte interesada quiera hacerlo valer; la existencia de una condición suspensiva; etc.³⁵².

En este contexto, los máximos exponentes de la tesis dirigida a sostener que, conforme al Derecho romano clásico, los riesgos se atribuyen al comprador en el momento de la perfección del contrato de compraventa son SECKEL/LEVY. De este planteamiento, tampoco exento de sus críticas³⁵³, nos dan cuenta y razón ALONSO PÉREZ y, con anterioridad, ARIAS RAMOS; para quien los jurisconsultos clásicos construyen una regla cuya fundamentación doctrinal y precisión técnica la vuelven correcta, clara y justa³⁵⁴.

Los autores alemanes precitados desarrollan su tesis con particular atención a la exégesis de D. 18, 6, 8 pr. para delimitar el concepto de la *emptio contracta* como categoría técnica distinta de la *emptio perfecta*. Así el *periculum emptoris* tiene su origen en el instante en que las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio (*emptio venditio contrahitur*) si el comprador puede recoger la cosa y el vendedor la tiene dispuesta para tal fin; de esta forma, el riesgo lo soporta quien tiene la iniciativa de ejecutar la compraventa³⁵⁵.

Sin embargo, hay casos en los que la venta no presenta tal sencillez. Cuando el comprador no tiene la posibilidad de retirar la cosa al instante (casos en que la compraventa está sujeta a una condición suspensiva; se ha establecido un término en favor del vendedor; se trata de una compraventa de cosas alternativas; la cosa debe separarse de un conjunto, tiene que fabricarse, reelaborarse o se encuentra en posesión ajena; el precio está pendiente de fijarse con relación a las operaciones de medir, contar o pesar las cosas vendidas, etc.)

³⁵² ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 110-111.

³⁵³ JÖRS/KUNKEL, 1937, p. 328; CASAVOLA, 1954, pp. 571-572; BETTI, 1956, pp. 178-179.

³⁵⁴ ARIAS RAMOS, 1947, p. 118.

³⁵⁵ Con base en las enseñanzas de estos autores, reflexiona DE ZULUETA, 1945 (1996), p. 35, que la cosa se encuentra en las manos del vendedor; en el momento en que ya es *deliverable*, es el comprador el que debe ir a recogerla.

resultaría injusto atribuirle el riesgo desde el momento de la conclusión del contrato (*emptio contracta*), por lo que en tales casos hay que esperar a la *impletio emptionis*, es decir, a la perfección de la compraventa; instante en que esta es susceptible de cumplimiento en cuanto que el vendedor está en condiciones de ofrecer al comprador la *vacua possessio*³⁵⁶.

En definitiva, *emptio contracta* significa simplemente venta terminada o concluida en cuanto contrato consensual resultado de la concurrencia de voluntades en el acuerdo generador de obligaciones. En cambio, *emptio perfecta*, o *emptio impleta*, significa compraventa susceptible de ser consumada o ejecutada, es decir, una compraventa con eficacia *in actu*. Los autores no niegan que las expresiones *perficere*, *perfectus* o *imperfectus* son en ocasiones empleadas por los textos clásicos con matices equívocos. Pero hacen notar que también se utilizan con rigor técnico para designar al negocio que es apto para acarrear consecuencias jurídicas. Si tal instante se produce con la conclusión del contrato, *emptio contracta* y *emptio perfecta* coinciden. Por ello no debe sorprender que ambos términos se intercambien en algunos pasajes; casos en los que los jurisconsultos no piensan sino en los supuestos más corrientes o sencillos. Si dicha coincidencia no se produce efectivamente, la equivalencia entre *emptio contracta* y *emptio perfecta* es siempre postclásica³⁵⁷.

En la doctrina española, la tesis de los autores alemanes es acogida por ARIAS RAMOS³⁵⁸ y ALONSO PÉREZ. Sin embargo, el jurista salmantino no cesa en realizar sus propias aportaciones.

Al igual que Seckel/Levy, sostiene que los conceptos *emptio contracta* y *emptio perfecta* son propiamente clásicos. El primero tiene la virtualidad suficiente para determinar la atribución del riesgo al comprador cuando el sólo acuerdo de las partes le otorgar la

³⁵⁶ SECKEL/LEVY citados por ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 183-184.

³⁵⁷ SECKEL/LEVY citados por ARIAS RAMOS, 1947, pp. 119-120.

³⁵⁸ ARIAS RAMOS, 1947, p. 122.

disponibilidad inmediata sobre la cosa. Sin embargo, cuando la compraventa presenta circunstancias que hacen más compleja su estructura (no afectando a la válida celebración del contrato, pero sí impidiendo su eficacia y ejecución) es preciso acudir al segundo para que dicho riesgo pueda recaer sobre el comprador³⁵⁹.

Dicho esto, añade el autor que la Jurisprudencia clásica no elabora una doctrina general sobre la perfección del contrato de compraventa, sino que determina casuísticamente cuáles son las circunstancias o factores que impiden la *perfectio*; supuestos sobre los que los juristas postclásicos y bizantinos institucionalizan la *emptio perfecta*, haciendo desaparecer el vocablo *contrahere*. Lentamente, la *emptio contracta* va perdiendo autonomía y se subsume en la noción de la *emptio perfecta*, la cual se caracteriza en Derecho justiniano por las siguientes notas: 1) Se mantiene el núcleo esencial de la *emptio perfecta* clásica que se recoge en la época postclásica; 2) la naturaleza consensual y obligatoria que caracteriza la compraventa clásica adquiere un matiz eminentemente traslativo; 3) sin embargo, tal carácter traslativo de la *emptio perfecta* no se forma por la influencia de la compraventa griega como señalan Gorla y Betti, sino por la tendencia progresivamente desarrollada en el seno del pensamiento jurídico romano de la espiritualización de la traditio clásica; 4) la *emptio perfecta* bizantina sigue consistiendo en una venta realizable y susceptible de inmediata ejecución, estando la *merx* a disposición del comprador y únicamente pendiente de su entrega; 5) de ahí que la *emptio perfecta* tenga lugar, en ocasiones, inmediatamente en el momento del acuerdo, mientras que en otras sea necesario esperar a un momento posterior y, en consecuencia, el mero acuerdo no tenga virtualidad suficiente para atribuir los riesgos al comprador.

Para ALONSO PÉREZ, si bien D. 18, 6, 8, pr. está redactado en una forma escolástica, retórica y dogmatizante típicamente bizantina³⁶⁰, lo

³⁵⁹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 179 y 186.

³⁶⁰ ARANGIO-RUIZ, 1954, p. 260, considera que su redacción es claramente bizantina.

cierto es que el texto, fruto de una larga evolución jurídica, muestra el contenido esencial del pensamiento clásico³⁶¹.

B) De Cossío y Corral: el retraso de la entrega

DE COSSÍO Y CORRAL constata que se ha afirmado con notoria ligereza que nuestro Código civil admite en términos absolutos el criterio de que la cosa perece en todo caso para el comprador con base en algunos de los argumentos ya expuestos y desmentidos. Ante ello, y sin rechazar de plano la vigencia del brocardo *res perit emptoris*, pretende reducirlo «a sus justos límites». En su opinión, entre el sistema de la conclusión del contrato y el de la entrega, «cabe establecer, sin contradecir con ello las normas del Código, ciertas posiciones –dice– menos radicales»³⁶².

Invocando aquella diferencia romana entre la compraventa *contracta* y la compraventa *perfecta* o *impleta*, DE COSSÍO Y CORRAL sostiene que la atribución de los riesgos al comprador «no se opera por la mera celebración de la compraventa, sino solamente cuando ésta llega a ser perfecta; o lo que es lo mismo, cuando las obligaciones en ella contraídas pueden ser exigidas. La venta llegaría en tal sentido a ser perfecta, produciendo sólo entonces [la atribución del riesgo al comprador,] al cumplirse la condición o término suspensivos, al producirse la elección en la venta alternativa, al haberse pesado o medido o contado las cosas vendidas, al haberse producido la especificación...». A partir de este momento –apunta– «el comprador puede inmediatamente exigir la entrega material de la cosa»³⁶³.

³⁶¹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 179 y 186-193. SARGENTI, 1954, p. 252, opina que los términos en que el texto determina el momento de la perfección de la compraventa no pueden considerarse extraños ni a la terminología ni a los conceptos clásicos. No obstante, el autor, en SARGENTI, 1989, p. 1130, cambia de criterio y se posiciona junto a quienes sostienen que el dogma de la *emptio perfecta* está vinculado a un cambio de naturaleza del contrato de compraventa, progresivamente dirigido a transmitir la propiedad por el simple consentimiento.

³⁶² DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 603 y 605.

³⁶³ *Ibidem*, pp. 607-608.

Y con base en este razonamiento, concluye que la única solución justa al problema del riesgo es que este sea soportado, a falta de pacto, por aquel contratante en cuyo provecho o comodidad se haya diferido la entrega de la cosa ya exigible: «Perfeccionado el contrato e individualizada la cosa vendida, se presume que ésta se encuentra a disposición del comprador, y que si éste no la retira es porque no quiere o no le conviene; a él sólo debe imputarse, por tanto, la dilación, y sería, consiguientemente, injusto que el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación había podido producirse, perdiera el precio al destruirse o dañarse fortuitamente, sin culpa alguna por su parte, la cosa».

Aclara el autor que el art. 1452 Cc sienta una presunción *iuris tantum*, de forma que «siempre que pueda demostrarse que la dilación se produjo en beneficio exclusivo del vendedor, y por mera transigencia del comprador, al primero solamente deberán imputarse los riesgos, negándosele, por lo tanto, la acción para exigir el pago del precio»³⁶⁴.

El planteamiento del autor es sugerente y, a primera vista, parece certero: qué natural, cabría pensar, atribuir el riesgo de la contraprestación a quien dilata la entrega de la cosa dispuesta para tal fin³⁶⁵.

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 609-610. Se trata de la misma posición que el autor mantuvo con anterioridad en DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, pp. 371-372.

³⁶⁵ Le sigue GULLÓN BALLESTEROS, 1968, p. 35; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 897: la solución al problema es que el riesgo sea soportado, a falta de pacto, por aquel contratante en cuyo provecho o comodidad se ha diferido la entrega de la cosa. También LETE DEL RÍO / LETE ACHIRICA, 2006, p. 82, que la consideran «la más significativa y sugerente». PINTÓ RUIZ, 1975, p. 721, reconoce que «es muy difícil sustraerse a la poderosísima atracción que provoca la teoría de Cossío». También Díez-Picazo, 2010, p. 116, la baraja en sus explicaciones. ALONSO PÉREZ, 1972, p. 280, la considera ingeniosa y auténtica en muchas ocasiones. En contra, ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 97 y ss. Lo cierto es que reflexiones similares a las de DE COSSÍO Y CORRAL las encontramos en SCÆVOLA, 1970a, p. 573: estamos ante las consecuencias de que el comprador no haya reclamado y obtenido la entrega cuando podía hacerlo; «desde el momento en que por mutuo convenio de comprador y vendedor en la cosa y el precio se perfecciona el contrato, tiene aquél derecho a ella, y debe suponerse que si no entra inmediatamente en su posesión es porque la considera salvaguardada...» (p. 574).

Conviene apuntar que ya IHERING recurre a este argumento para justificar la máxima *periculum est emptoris* en Derecho romano. A su entender, el riesgo corresponde al comprador cuando, a pesar de no estar constituido en mora, descuida o retrasa el hacerse cargo de la cosa; ello se comprende, sobre todo, si el retraso en la entrega se configura en su favor. No obstante, si bien tal fundamento supondría que el riesgo correspondiese al vendedor toda vez que la dilación de la entrega se hubiese pactado o realizado en su interés, aclara el jurista que el Derecho romano acoge como regla que el riesgo corresponde al comprador en todo caso porque habría sido origen de demasiados litigios la necesidad de tener que concretar en cada caso en favor de cuál de las dos partes se retarda la pronta ejecución de la compraventa. IHERING no duda de la justicia de esta solución porque, al contrario de quienes solo ven en ella un favor al vendedor, sostiene que es la forma de restablecer el equilibrio entre ambas partes y que el comprador compense al vendedor por el hecho de obligarle a dejar la cosa a su disposición y vetarle la posibilidad de evitar el caso fortuito disponiendo de la misma³⁶⁶. Son reflexiones que, con variaciones, han sido tratadas por otros analistas: se trata de buscar el resultado que devendría en caso de un intercambio inmediato de las contraprestaciones³⁶⁷; hay que compensar al vendedor que ha de guardar la cosa y no puede disponer de ella para evitar posibles riesgos³⁶⁸; lo normal es que sea por causa del comprador que el

³⁶⁶ IHERING, 1862, pp. 21-22.

³⁶⁷ Para ARNDTS VON ARNESBERG, 1875, p. 193, como una parte (el vendedor) no pierde nada de cuanto recibe (el dinero) si la obligación se ejecuta de inmediato aunque la cosa dada a cambio perezca en poder del destinatario (el comprador), lo mismo debe suceder cuando la prestación (entregar la cosa vendida) se difiere legítimamente. En este sentido, LONGO, 1944, p. 211, entiende que la única justificación de la regla *periculum est emptoris* se encuentra en buscar un resultado equitativo; es decir, no perjudicar la posición del vendedor cuando se aplaza la ejecución de su obligación y asegurar el mismo resultado que tendría lugar si el intercambio se ejecutase justo en el momento de la conclusión del contrato; hipótesis que es la más común y que necesariamente implica que la cosa quede a riesgo del comprador.

³⁶⁸ De forma muy similar a Ihering, FAUCHILLE, 1882, p. 61, defiende la equidad del principio *periculum est emptoris*. Para el autor la máxima se asienta en la necesidad de compensar al vendedor, quien, al estar obligado a guardar la cosa a disposición del comprador, no puede desprenderse mediante su entrega inmediata de todos los riesgos que potencialmente pueden afectar a la cosa.

contrato no se ejecute inmediatamente³⁶⁹; se ha diferido en favor del comprador la entrega de una cosa que ya está lista para ser entregada³⁷⁰.

Nos encontramos ante otra de las muchas teorías con las que se ha intentado racionalizar y fundamentar la máxima *periculum est emptoris* en Derecho romano y que, como muchas otras, se reproducen de una u otra manera para analizar nuestras normas codificadas. Y sea como fuere respecto de aquel pretérito sistema jurídico, la cuestión es saber si estas ideas nos ofrecen una lectura satisfactoria del art. 1452 Cc. Yo creo que no.

Al respecto, las explicaciones de DE COSSÍO Y CORRAL introducen un elemento que para mí es ajeno al riesgo –el concepto del retraso–, a la vez que desatienden aquél que considero de capital importancia –la exacta determinación del criterio para distribuir el riesgo entre vendedor y comprador– y acaban por centrarse en otro de menor trascendencia –la correlación entre las mejoras y el riesgo–. En mi opinión, todo ello acaba por desvirtuar una línea de pensamiento que en un principio parece bien encaminada.

En efecto, esa idea del retraso, dilación o demora a la que alude DE COSSÍO Y CORRAL es foránea al reparto del riesgo³⁷¹ y opera sobre la

³⁶⁹ Por su parte, APPLETON, 1926, p. 383, siendo consciente de que la cosa perece para el comprador cuando la tradición se ejecuta inmediatamente, se pregunta por qué se difiere ésta. Si el motivo subyacente es el interés del comprador, es justo que él pague con los riesgos. Pero si el retardo conviene sólo al vendedor, entiende el autor que el comprador aceptará el retraso a condición de que aquél asuma los riesgos de la cosa. En su opinión, el caso de entrega retardada por el solo interés del vendedor debe ser un caso muy raro, porque uno normalmente no vende un cuerpo cierto cuando no está en situación de entregarlo inmediatamente. Al contrario, el comprador que quiere la cosa no siempre está en situación de pagar inmediatamente el precio, por lo que el vendedor no se avendrá a entregarla. Por lo tanto, este debe ser el caso normal en que se retrasa la entrega y, por consiguiente, el riesgo debe corresponder al comprador en línea de principio.

³⁷⁰ DE ZULUETA, 1945 (1966), p. 35.

³⁷¹ Dice SOTO NIETO, 1965, p. 168, que el autor llega a conclusiones «no exentas de un espíritu de justicia, pero algo al margen del sentir legal y jurisprudencial». No obstante, él mismo llega a invocar esa idea de la demora o retraso (p. 148) al decir que, dado que el

base de una idea preconcebida en la materia que, en realidad, le conduce a afirmar con otras palabras aquello que se denuncia: que la mera conclusión de la compraventa, sin otro matiz, puede determinar la atribución del riesgo al comprador. Al revisar cómo se desarrollan sus razonamientos, visualizamos el error en que incurren.

El autor dice textualmente que en un caso de «[compraventa] pura al contado en que simultáneamente se concierta el acuerdo obligatorio y se hace tradición de la cosa y del precio, carece de sentido el planteamiento [de la cuestión del riesgo]»; la cual solo existe si entre «la perfección de la compraventa, producida por la prestación del consentimiento sobre la cosa y el precio, [...] y la consumación total de las obligaciones originadas por el contrato, media un lapso de tiempo más o menos largo»³⁷². Hasta aquí, un juicio limpio al que nada cabe reprochar. Pero acto seguido, creo que DE COSSÍO Y CORRAL yerra en sus indagaciones pues, reconocido ese espacio temporal entre conclusión y cumplimiento del contrato, se pregunta «cuáles son las causas o razones que pueden determinar esa dilación de los actos de cumplimiento», para más adelante afirmar que, una vez que la cosa vendida es exigible, «es indudable que la demora en la entrega solamente puede ser imputable o al acreedor o al deudor»³⁷³.

En mi opinión, la equivocación de ese planteamiento radica en hacer equivaler en todo caso ese intervalo de tiempo que transcurre hasta la entrega de la cosa con una tardanza o retraso en la entrega. Al contrario, creo que, para regular el riesgo, el legislador no parte de la base de que exista el retardo del que habla el autor, sino del reconocimiento de que, desde la exigibilidad de las obligaciones asumidas contractualmente, es necesario cierto transcurso de tiempo para que las partes puedan dirigirse a cumplir.

comprador puede compeler al vendedor a hacerle la entrega, «su pasividad e inejercicio le colocan en aquella especial situación de la *emptio perfecta*» (p. 164). ALONSO PÉREZ, 1972, p. 280, apunta con razón que la solución propuesta por DE COSSÍO Y CORRAL es extrínseca al art. 1452 Cc.

³⁷² DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 605-606.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 606 y 608.

No se puede negar que el autor lleva a cabo una importante labor de sistematización. Al fijar la atribución del riesgo al comprador –como parece hacer– en el momento de la exigibilidad de la entrega, encuentra un nexo común a todos aquellos supuestos en que la existencia de un impedimento para la entrega –el término, la condición suspensiva, la necesaria individualización de la cosa, etc.– supone cargar con los riesgos al vendedor. Todos estos casos ya no se presentan como una excepción a la supuesta regla general de que los riesgos corresponden al comprador desde la celebración del contrato.

Pero si trasladamos esta idea de la exigibilidad al supuesto de la compraventa pura con objeto determinado, habría que admitir que el riesgo corresponde siempre al comprador desde la conclusión del contrato dado que dicha entrega ya es exigible en el acto. Por lo tanto, la propuesta de DE COSSÍO Y CORRAL se muestra insuficiente para quienes, como yo, niegan que la simple celebración de la compraventa puede determinar en todo caso la atribución del riesgo al comprador. Tiene que haber algo más que la mera exigibilidad. Si no, decimos lo mismo, pero con otras palabras.

Continuando con la tesis del autor, remarquemos que –según dice– en el momento en que la cosa es exigible, el comprador puede reclamar *inmediatamente* la entrega material. De ahí su insistente pregunta: por qué no se entrega; a quién se debe el retraso en la entrega. Pero, como acabo de señalar, la doctrina del riesgo de la contraprestación nace precisamente para atender aquellos supuestos en los que esa inmediatez en la entrega, en realidad, no existe en el espacio o en el tiempo. Así, por ejemplo, si la compraventa recae sobre un objeto determinado, no existe dicha inmediatez en el espacio si, comprador y vendedor contratan desde lugares distintos o contratan entre presentes pero la cosa o ellos mismos no se encuentran en el lugar de entrega; distancias que conlleva necesariamente que transcurra más o menos un tiempo –que no tiene por qué ser necesariamente un plazo o término– para que se pueda realizar la entrega a pesar de que esta ya sea exigible. Del mismo modo, digo que esa inmediatez no existe en el tiempo si, aun cuando comprador y vendedor contratan desde el

mismo lugar, es necesario planificar la entrega porque, por ejemplo, el objeto de la compraventa –sea una cosa específica o un género que acaban de individualizar– es de grandes dimensiones. Incluso cabría imaginar que, a pesar de que la entrega sea efectivamente factible, el comprador no está listo para pagar el precio y precisa tiempo para poder hacerlo; pago del que depende, en línea de principio, que el vendedor entregue la cosa³⁷⁴. Y que no se diga que el vendedor pierde la oportunidad de disponer inmediatamente de la cosa para sustraerse de los posibles riesgos. Si decide celebrar un contrato en estas condiciones, obviamente es porque le beneficia.

Si esa inmediatez de la que habla DE COSSÍO Y CORRAL fuese real, bien podría decirse que comprador y vendedor se hallan frente a frente con sus respectivas contraprestaciones listas para una ejecución sin impedimentos. En el fondo, significaría regular el riesgo atendiendo a aquella compraventa en la que los estadios de conclusión, exigibilidad y cumplimiento del contrato se siguen sin interrupción: la compraventa pura de conclusión y ejecución al contado; una modalidad de compraventa que no requiere una regulación del riesgo tal y como reconoce el propio autor. Y de ahí proviene precisamente esa errónea idea del retraso que maneja: desde que la cosa es exigible –es decir, concluido el contrato en el caso de la compraventa pura o superados aquellos elementos estructurales del contrato que obstaculizan la exigibilidad–, la no ejecución de la compraventa se debe a una tardanza que no debería haberse ocasionado y que ha proceder del comprador o del vendedor. La idea del retraso se presenta, por lo tanto, como un correctivo para asegurar el resultado que tendría que producirse si la entrega tuviese lugar justo en el momento en que deviene exigible: la atribución del riesgo al comprador. Además, téngase en cuenta que, aun en el caso en que la compraventa se concluya pura y simplemente y que las partes puedan efectivamente intercambiar sus contraprestaciones al contado, si no lo hacen es porque libremente han decidido postergar la ejecución del

³⁷⁴ La relación que existe entre la ejecución simultánea de las contraprestaciones y la cuestión del riesgo la pongo de manifiesto en el Capítulo 1, III, 2, A).

contrato –no entro a hipotetizar las razones– y ya no se podría hablar propiamente de un retraso.

Se aprecia así lo anómalo que resulta pretender construir una teoría sobre el riesgo de la contraprestación en cuyo trasfondo subyazca cualquier reminiscencia de la idea de que la compraventa *normal* es la de celebración y ejecución al contado³⁷⁵. Como ya expliqué, la antigua doctrina del riesgo contractual nace dando la espalda a estos supuestos³⁷⁶ y parte de la base de que es menester que transcurra cierto tiempo antes de consumir el contrato. Se trata de un intervalo temporal inherente a la realidad fáctica en la que se contrata; no de un imprevisto o un accidente como viene a reflejar esa idea del retraso que plantea DE COSSÍO Y CORRAL.

La tesis de DE COSSÍO Y CORRAL reproduce en esencia la que emplea IHERING para justificar el *periculum est emptoris* en las fuentes romanas; ambos dirigen su mirada hacia el motivo de ese supuesto retraso en la entrega. Por ello, me resultan curiosas las objeciones que el autor español aduce contra la tesis del jurista alemán porque si, como yo creo, ambos comparten la misma línea de pensamiento, las críticas a las que recurre DE COSSÍO Y CORRAL pueden ser invocadas contra su propia tesis. Dice este último autor que IHERING parte «de una ficción alejada de los hechos, ya que, a menudo, la venta exige un término, imposibilitando la entrega simultánea a la perfección del contrato; término mayor o menor, implícito o explícito, a veces brevísimo, pero siempre inevitable»³⁷⁷. Es probable que ese período

³⁷⁵ Tal apreciación se percibe en el discurso del autor. Cuando DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 606-607, repara en las fuentes romanas, y en particular en I. 3, 23, 3, señala lo siguiente: «se refiere el texto transcrito a los casos normales de compraventa: cuando coincide la perfección del contrato con el nacimiento de la obligación de inmediata entrega; en ellos depende de la iniciativa del comprador exclusivamente el hacerse cargo de la cosa, y es perfectamente justo que si por su sola voluntad demora dicho momento, sea él exclusivamente también quien soporte los riesgos que en ese intervalo puede correr la cosa».

³⁷⁶ *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

³⁷⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 370 siguiendo a CUTURI. Debo señalar que la reprobación del autor va dirigida contra un aspecto muy concreto de la teoría de IHERING: su opinión de que el Derecho romano sanciona la máxima de que el riesgo se atribuye al comprador en todo

de tiempo al que se refiere el autor no sea propiamente un término como él dice, sino la mera constatación de que es preciso cierto tiempo para que la obligación de entrega se pueda ejecutar a pesar de ser ya exigible. En cualquier caso, no comprendo cómo es posible que el autor baraje una idea en el fondo tan exacta –la necesidad de que transcurra cierto tiempo, por breve que sea, para que sea posible la entrega, incluso en las compraventas puras de cosa específica– y después se decante por la imprecisa idea de la demora.

Introducir la noción del retraso en la materia del riesgo en la compraventa es, en definitiva, equívoco y no aporta nada más que confusión; una confusión que hace perder de vista a DE COSSÍO Y CORRAL la finalidad de su análisis: determinar un momento concreto con anterioridad al cual y a partir del cual el riesgo de la contraprestación corresponde respectivamente al vendedor y al comprador.

Las especulaciones del autor están, en un comienzo, bien encaminadas: un momento posterior a la mera conclusión del contrato pero anterior a la entrega material ordena, en nuestro Código civil, la distribución del riesgo entre vendedor y comprador. Está en lo cierto cuando afirma que, con anterioridad a que la obligación de entrega sea exigible, «ni el comprador puede exigirla ni el vendedor imponerla»; de ahí que los riesgos correspondan a éste último³⁷⁸. Dicho esto, alega posteriormente –según la transcripción realizada unos párrafos más arriba– que la puesta a disposición de la cosa vendida en favor del comprador es el momento a partir del cual éste pecha con los riesgos. Sin embargo, como el autor introduce aquella idea errónea del retraso en la entrega –retraso que se presume proceder del comprador–

caso porque habría originado demasiados litigios tener que determinar en cada caso si el cumplimiento de la compraventa se retardó en favor del comprador o del vendedor. El autor español no comparte esta opinión y considera que la existencia de un término para la entrega evita que el comprador peche con los riesgos. En cualquier caso, como apunto en el texto, creo que la crítica es extrapolable en general a la idea del retraso sobre la que DE COSSÍO Y CORRAL articula su tesis.

³⁷⁸ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 607-608.

también afirma que el riesgo corresponde al comprador «a partir del momento en que según el contrato debió entregar [la cosa] el vendedor»³⁷⁹.

Aquí nos encontramos, de nuevo, con otra consecuencia negativa derivada de la hipótesis de trabajo que maneja DE COSSÍO Y CORRAL. Como en el fondo el autor razona con ideas procedentes de la compraventa al contado para analizar el riesgo, ello le permite hacer un uso indistinto de la terminología sin mayor problema: exigibilidad de la obligación de entrega, puesta a disposición y momento de entrega deben coincidir en un mismo instante. Pero dado que la existencia de la doctrina sobre el riesgo de la contraprestación se justifica –me veo obligado a reiterar– precisamente por la necesidad de atender a las compraventas de ejecución diferida, esa variación terminológica se convierte en una imprecisión terminológica. En efecto, exigibilidad de la obligación de entrega, puesta a disposición y momento de entrega no tienen por qué coincidir.

El autor no nos dice por cuál de estos tres momentos nos tenemos que decantar; no nos ofrece un criterio definitivo al que atenarnos. Permanece en aquella idea del retraso que, en un principio, se presume imputable al comprador salvo prueba en contrario. «El artículo 1452 –afirma– no tiene más virtualidad que desplazar la carga de la prueba»³⁸⁰. De esta forma, el riesgo corresponderá al vendedor «cuando la dilación en la entrega, una vez nacida la obligación de entregar»³⁸¹, se deba a concesión graciosa del comprador, en exclusivo beneficio del vendedor»³⁸². Sin embargo, no estoy de acuerdo con estas explicaciones.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 608.

³⁸⁰ *Ibidem*, pp. 609-610. Y el autor añade lo siguiente, por si hubiese alguna duda: «pero, bien entendido que lo que hay que probar es sólo que la dilación se produjo en ventaja exclusiva del vendedor, no que éste haya incurrido en culpa o negligencia, ya que en este último supuesto, habríamos de acudir, no al precepto examinado, que excluye todo supuesto culposo y no genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sino a las normas reguladoras de la responsabilidad contractual en general».

³⁸¹ Se infiere del discurso del autor que se refiere a la exigibilidad de la obligación de entrega.

³⁸² DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 609.

El art. 1452 Cc no sienta ninguna presunción *iuris tantum*. Su cometido es establecer una *regla* de distribución del riesgo de la contraprestación entre comprador y vendedor; regla que se materializa en la concreción de un momento preciso con anterioridad al cual el riesgo se atribuye al vendedor y con posterioridad al cual (transmisión del riesgo) corresponde al comprador. Pero ese momento llega o no; nunca se presume. Si alguna presunción *iuris tantum* existe en la materia es la que expresamente recoge el art. 1183 Cc. Este precepto, extrapolado al caso de la compraventa, considera que la pérdida de la cosa –y lógicamente su deterioro– se produce por culpa del vendedor y no por caso fortuito mientras la tenga en su poder; previsión que supone un evidente paliativo a la atribución del riesgo al comprador antes de la entrega³⁸³.

La supuesta presunción de la que habla el autor nos conduce a un terreno movedizo. Ello lo evidencia la necesidad que tiene DE COSSÍO Y CORRAL de aludir a los supuestos en los que, por un acuerdo expreso o tácito, el retraso se produce en favor del vendedor y, por tanto, el riesgo es suyo³⁸⁴; casos que, a su vez, vuelve a diferenciar de aquéllos en los que hay un retardo por «transigencia unilateral del comprador, que redund[a] en beneficio del vendedor», pero que –según dice el autor– no impide que la entrega sea exigible y, por consiguiente, que el riesgo sea del comprador³⁸⁵. Nos encontramos así ante un sinfín de hipótesis; todas ellas sujetas a elucubraciones acerca de la voluntad de los contratantes.

³⁸³ El art. 1183 Cc establece lo siguiente: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096». Para ALONSO PÉREZ, 1972, p. 305, el precepto es muestra de cómo el legislador se ha preocupado por mitigar las consecuencias de imputar el riesgo al comprador.

³⁸⁴ El autor indica en un primer momento que se trata de un retraso producido después de «nacida la obligación de entregar», es decir, cuando la entrega ya es exigible. Pero después reconoce con mayor acierto (y digo esto independientemente de que rechace su idea del retraso) que, si «se ha convenido la demora de la entrega más allá del momento inicialmente previsto, en provecho del vendedor, habrá de estimarse que aún no existe obligación de entregar [el autor quiere decir que la entrega no es exigible], y que, por lo tanto, los riesgos y los lucros seguirán gravitando sobre éste». *Vid.* DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 609-610.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 610.

Tiene razón el autor cuando afirma que el art. 1452 Cc es una norma dispositiva³⁸⁶; de ello jamás ha habido duda³⁸⁷. En el caso concreto, se debe estar a los pactos que las partes hayan alcanzado sobre la cuestión del riesgo y, de ser necesario, recurrir a la interpretación del contrato para conocer su voluntad. Pero el análisis y concreción de un régimen dispositivo –sobre todo si se muestra tan enrevesado como el del art. 1452 Cc– no puede quedar al albur de la más o menos presunta voluntad que las partes expresen tanto en el momento de contratar como en otro posterior. Al intérprete –al igual que al legislador– se le debe exigir que identifique con exactitud el supuesto de hecho del que parte dicho régimen y la consecuencia jurídica que sanciona; aspectos que la idea del retardo, junto con la presunción *iuris tantum* en la que desemboca, hace perder de vista a DE COSSÍO Y CORRAL.

Tal es la incertidumbre que, en mi opinión, crea la tesis del autor y tantos son los supuestos de los que cabría inducir que las partes han querido atribuir el riesgo al vendedor, que DE COSSÍO Y CORRAL acaba afirmando que la presunción del art. 1452 Cc constituye «una norma de derecho excepcional», donde «la interpretación restrictiva se impone, siendo aplicable a todos los casos que no estén claramente contenidos en la misma la norma general que sienta el artículo 1124»³⁸⁸.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 609.

³⁸⁷ Para el Derecho romano, explica DE ROBERTIS, 1962, p. 94, que el acuerdo de las partes puede determinar la inversión de los criterios normales de distribución de la carga del riesgo entre el vendedor y el comprador, de forma que en los casos en que en principio procede la regla *periculum est emptoris* se aplique el principio opuesto del *periculum est venditoris*. En opinión de BETTI, 1956, p. 136, tal asunción convencional, más que una inversión de la carga del riesgo, produce una extensión pactada de la imputabilidad del incumplimiento del vendedor. En similar sentido, ROBAYE, 1987, p. 349. Sobre la asunción del riesgo por parte del vendedor en la compraventa de vinos por un período que va más allá del momento de la *degustatio*, YARON, 1959, p. 76 y LAZO, 2005, pp. 93-94. El carácter dispositivo de la regla *periculum est emptoris* en Derecho Justiniano está fuera de toda duda (GLÜCK, 1901, p. 994; LONGO, 1944, p. 213). Sin embargo, la posibilidad de que las partes acuerden un reparto del riesgo distinto al régimen a aplicar en defecto de pacto no puede considerarse como una innovación justiniana (SARGENTI, 1957, p. 257).

³⁸⁸ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 609.

Por mi parte, no creo que el art. 1452 Cc sea una disposición excepcional que requiera una interpretación restrictiva. La norma es la que es y si se dan todos los requisitos para que el riesgo se transmita al comprador, que es el asunto que preocupa a todos los analistas, así debe ser³⁸⁹. Cuando explique en el su momento el verdadero alcance del precepto³⁹⁰, observaremos que tiene un ámbito de aplicación muy limitado por la sencilla razón de que, en realidad, no existe una predisposición por parte del ordenamiento jurídico a atribuir el riesgo al comprador antes de la entrega ni, mucho menos, por la mera conclusión del contrato. Cuestión distinta es que la doctrina del riesgo requiera, como ya advertí, una revisión que, entre otras cosas, pueda conducirnos a adoptar planteamientos distintos en la materia³⁹¹.

Por último, el tercer elemento abordado por DE COSSÍO Y CORRAL –y que, en mi opinión, desvirtúa todavía más el análisis del art. 1452 Cc– es la cuestión del *commodum*; la cual recibe un notorio protagonismo en sus explicaciones. Dice el autor: «si admitimos que, aun demorada la entrega, de mutuo acuerdo, y en provecho del vendedor, deben atribuirse los frutos que durante este tiempo produzca al comprador, a él habrían de atribuirse, en justa correspondencia los riesgos de la misma; si fuere el vendedor quien continuara, en virtud de lo convenido percibiendo aquellos frutos y accesiones, él habría, por la misma razón, de soportar los riesgos de daños o pérdida»³⁹². No volveré a incidir en lo inexacto que es afirmar que el riesgo se atribuye como *justa correspondencia* a quien obtiene las ventajas y mejoras de la cosa³⁹³. El autor no es capaz de escapar de aquello que él tanto

³⁸⁹ CASTILLA BAREA, 2001, pp. 404-405, dice que no le queda otra opción de admitir el principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris*, porque no es partidaria de interpretaciones *contra legem* y entiende que la letra de la Ley ha de ser respetada salvo que conculque de forma flagrante intereses más altos que la seguridad jurídica y más dignos de protección. No obstante, añade, no considera que se trate de la solución más adecuada. La aurtora entiende que perfección, también en materia de transmisión del riesgo en la compraventa, equivale a la conclusión del contrato (p. 338).

³⁹⁰ *Vid.* Capítulo 1, VI.

³⁹¹ *Vid.* Introducción, II.

³⁹² DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 610.

³⁹³ Esta errónea interpretación la critico en el Capítulo 1, II, 1, A).

critica: la aceptación de generalidades con escaso fundamento; generalidades que incluso le conducen a prescindir de su propia tesis: la atribución del riesgo a quien se beneficia del retraso.

En definitiva, creo poder decir que la tesis que propone DE COSSÍO Y CORRAL es demasiado volátil e insegura. Y ello sin perjuicio de reconocer el valor de su contribución. Por un lado, invita a buscar una sistematización de los distintos supuestos en que habría de aplicar la norma del art. 1452 Cc y, por otro, destaca la importancia del tiempo en el cumplimiento de la obligación de entrega en la regulación de la transmisión del riesgo. Aunque yo no comparto la perspectiva de su estudio, presenta sugestivas aportaciones que tendré en cuenta a lo largo del presente estudio³⁹⁴.

C) Roca Sastre: una mirada al Código de comercio

Otro autor que atiende a la distinción entre la *emptio contracta* y la *emptio perfecta* es ROCA SASTRE, en cuya opinión nuestro Código civil acoge la solución romana sobre el riesgo de la contraprestación³⁹⁵. Salvo algún momento puntual en que afirma que el comprador pecha con el riesgo con la sola conclusión del contrato³⁹⁶, el autor –aplicando continuamente razonamientos sobre la *emptio perfecta* al análisis del art. 1452 Cc– delimita poco a poco cuándo tiene lugar dicha atribución.

Recurriendo a distintas expresiones, dice que es necesario que el cumplimiento de la compraventa «se halle expedita por parte del vendedor», «que la cosa vendida [esté] en condiciones de ser entregada al comprador» o que «estén dispuestas de modo que con sólo la iniciativa [de este] la venta quede consumada por efectuarse la

³⁹⁴ Presto particular atención a la cuestión en el Capítulo 3, VII.

³⁹⁵ ROCA SASTRE, 1948, pp. 395-396.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 392.

tradición de la cosa vendida»³⁹⁷. Y sobre la base de estas consideraciones, sienta la pauta que determina la imputación del riesgo al comprador: «lo fundamental es que la cosa se halle a disposición del comprador, *puesta a disposición*, que en Derecho mercantil se pretende que equivale a la *traditio*»³⁹⁸. Afirmar el autor que «el Código de comercio responde al mismo criterio de *res perit emptori*, pues así se deduce de los arts. 334 y 335 del mismo, que establecen excepciones o modalidades que presuponen que la regla general es la del Código civil, o sea, la del Derecho romano»³⁹⁹.

En pocas líneas, el autor realiza apreciaciones de enjundia. Es de los pocos autores que sostienen que las previsiones aparentemente dispares sobre el riesgo contenidas en el Código civil y el Código de comercio cuentan, en realidad, con idéntico fundamento. Su propuesta es certera. Tal y como adelanté, el estudio de este último Código facilita la comprensión del art. 1452 Cc y sus concordantes para llegar, como veremos en su momento⁴⁰⁰, a la siguiente conclusión: ambos códigos establecen dos regímenes del riesgo en la compraventa idénticos en el fondo, pero diferentes en la forma. La opinión de ROCA SASTRE es, a mi entender, exacta pues identifica con precisión el criterio práctico, alejado de toda abstracción, conforme al cual se reparte el riesgo de la contraprestación entre vendedor y comprador: la puesta a disposición de la cosa.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 397 y 401. PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 716 y ss., acepta la diferenciación que realiza ROCA SASTRE entre *emptio contracta* y *emptio perfecta* y la aplica a su lectura del art. 1452 Cc en la que, a su entender, solo se regula el supuesto de deterioro y no de pérdida.

³⁹⁸ ROCA SASTRE, 1948, p. 402. Parecería que SOTO NIETO, 1965, p. 147, sigue a ROCA SASTRE al referirse al momento en que «*la cosas están jurídicamente ligadas a una obligación de entrega y materialmente dispuestas para ello*». Pero posteriormente dice que «*el Derecho romano puso la carga de los riesgos del lado del comprador desde el momento mismo en que se da vida al contrato de compraventa, por la convergencia de las voluntades de los interesados, con acuerdo en cuanto a precio y cosa*» (p. 154) y que «*el Código Civil español sigue [esta] trayectoria romanística*» (p. 162). La cursiva es del autor.

³⁹⁹ ROCA SASTRE, 1948, p. 395.

⁴⁰⁰ *Vid.* Capítulo 1, III.

También es de interés esa *supuesta pretensión* de que la «puesta a disposición» del art. 333 Ccom⁴⁰¹ equivale a un modo de *tradición*. Estudio más adelante este precepto⁴⁰²; pero la cuestión es justo esa: la de qué impedimento puede haber en reconocer que, en efecto, la puesta a disposición es un modo de transmitir la propiedad. Lo acepta Díez-PICAZO⁴⁰³, aunque no sin ciertas dudas⁴⁰⁴, y no tendría que ser problemático, sino más bien todo lo contrario en un sistema como el del Código de comercio: si el régimen de la compraventa mercantil parte de la base de que el comprador va a revender la cosa comprada⁴⁰⁵, es evidente que lo mejor es que obtenga cuanto antes la propiedad para disponer legítimamente de la cosa. Ello no obsta a que todavía queda pendiente por cumplir la obligación de entrega del vendedor, pues ya adelanto, poner a disposición no es lo mismo que entregar; por mucho que así se haya afirmado. Como se podrá comprobar, el Código de comercio plantea que, en un momento posterior a la puesta a disposición, tenga lugar la entrega de la cosa frente al pago del precio. En efecto, el vendedor no tiene por qué

⁴⁰¹ Art. 333 Ccom: «Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor».

⁴⁰² *Vid.* Capítulo 1, III, 2.

⁴⁰³ Díez-PICAZO, 1966, p. 561.

⁴⁰⁴ En otro lugar, al hilo de estudiar la tradición y sus distintas formas como traspaso posesorio más allá de su consideración como mecanismo de adquisición derivativa del dominio, señala: «En las obligaciones querables, se entiende por lo general que el vendedor cumple su obligación de entrega teniendo los efectos o las mercaderías a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos [art. 333 Ccom]. Aun cuando es dudoso que la simple “puesta a disposición” constituya un auténtico mecanismo de transmisión de la propiedad y que con ella se trate de resolver algo más que el problema del cumplimiento de la obligación contractual del vendedor y el problema de la traslación de los riesgos por deterioro o pérdida de las cosas vendidas, no hay inconveniente en admitir, para los efectos de nuestro razonamiento, la primera solución». Díez-PICAZO, 2008b, p. 712. Niega que la puesta a disposición del art. 333 Ccom sea tradición, NAVARRO CASTRO, 1997, p. 114; quien no obstante señala que sí podría serlo por aplicación del art. 1463 Cc que apela al acuerdo de las partes mientras que el art. 333 Ccom contempla un acto unilateral del vendedor. Como digo en el texto, analizo en su momento este precepto y no conviene añadir aquí nada más.

⁴⁰⁵ Art. 325 Ccom: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

entregar sin recibir el precio a cambio por mucho que ya haya tenido lugar la puesta a disposición y que se pueda admitir que es un modo de tradición; entrega y precio son obligaciones de cumplimiento simultáneo.

Decir que la puesta a disposición es el criterio para la transmisión del riesgo y, a la vez, un modo de tradición no supone afirmar que ambas cuestiones estén vinculadas como en el Derecho francés o en el inglés⁴⁰⁶. En Derecho español, la transmisión del riesgo *no es una consecuencia* de la transmisión de la propiedad; y si hipotéticamente esta tiene lugar antes, en el momento o más tarde que la puesta a disposición, no por ello el momento de la transmisión del riesgo varía. El régimen dispositivo de la transmisión del riesgo, tal y como ha sido diseñado, mira al cumplimiento de la obligación de entrega no a la transmisión de la propiedad previa o posterior⁴⁰⁷. El contrato, por supuesto, puede establecer otra cosa.

Los anteriores son aspectos que dejo aquí anotados e irán surgiendo a lo largo del presente estudio. Volviendo a la tesis de ROCA SASTRE, una vez determinado con exactitud cuál es el criterio de distribución del riesgo, cabría esperar encontrarse con una convincente descripción de su fundamento. Sin embargo, con todos los respetos creo que las explicaciones de ROCA SASTRE fallan en este último aspecto. Cuatro son las razones que invoca para defender «la bondad de la fórmula o solución romana»⁴⁰⁸ y ninguna de ellas es, a mi juicio, correcta.

En primer lugar, alega que el art. 1452 Cc «expresa el criterio de que para el legislador *es indiferente* que la obligación de pagar el precio tenga carácter de recíproca o correlativa. Pues aparece bien explícito que piensa en esta obligación, pero que no quiere hacer excepción alguna»⁴⁰⁹. Resulta sorprendente que ROCA SASTRE pueda constatar la

⁴⁰⁶ Capítulo 2.

⁴⁰⁷ *Vid.* Capítulo 1, III, 2.

⁴⁰⁸ Expresión del propio ROCA SASTRE, 1948, p. 397.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 395-396. La cursiva es añadida.

supuesta indolencia del legislador respecto del carácter recíproco de las obligaciones en el contrato sinalagmático por antonomasia y no haga crítica alguna al respecto. El autor opta por extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico aquella teoría que justifica la implantación del *periculum est emptoris* en Roma con base en la independencia de las obligaciones del vendedor y comprador. Pero este planteamiento, realizado sin miramientos, es inasumible. Desde una perspectiva histórica, como sabemos, no se trata de la única explicación posible del origen del *periculum est emptoris*⁴¹⁰. Del mismo modo, tal y como explicaré, la regulación del riesgo que contiene en el art. 1452 Cc no se trata como tal de una drástica y quebrantadora excepción a la, hoy por hoy, indubitada interdependencia de las obligaciones del vendedor y comprador; y digo esto sin perjuicio de la necesaria actualización que reclama el expediente del riesgo⁴¹¹.

Esta infundada desconexión entre ambas obligaciones que emanaría del art. 1452 Cc, se hila con el segundo elemento que justificaría –según ROCA SASTRE– que el riesgo pueda corresponder al comprador antes de la entrega: la cuestión de las mejoras y ventajas de la cosa vendida.

Dice literalmente: «La regla *res perit emptori* es la solución más adecuada y el camino más conforme, seguido por el Derecho romano y por las legislaciones que lo siguen, frente a este dilema: o bien se mantiene el principio de que quien se aprovecha de las ventajas de la cosa comprada (frutos, accesiones, aumentos de valor) ha de soportar, *en justa correspondencia*, los riesgos de la misma, [...] o bien el nexo de solidaridad o de interdependencia existente entre las obligaciones recíprocas o correlativas, como las que surgen de la compraventa, se extiende también al supuesto de pérdida o deterioro de la cosa debida [...]. El Derecho romano, ante dicho dilema, ha estimado que debía prevalecer el primer principio, por considerar que debe prevalecer *por su superior valoración*, conforme a las reglas de lo justo y de lo

⁴¹⁰ Vid. Capítulo 1, II, 1, A).

⁴¹¹ Vid. Capítulo 1, IV.

equitativo, la regla de que *periculum eius esse debet cuius commodum est*, o sea, que el comprador, que es quien se lucra de los frutos, accesiones y aumentos de la cosa vendida, es justo que también sufra las consecuencias perjudiciales de la pérdida, deterioro o desmejoramiento de la cosa comprada. *Ante la valoración prevalente de este principio palidece o pasa a segundo plano el juego de conexión o interdependencia de las obligaciones del comprador y del vendedor, el cual carece de vigor suficiente para arrumbar aquel superior principio de justicia conmutativa*, y sin que quepa alegar que el imperio de la doctrina de la causa ha de prevalecer sobre aquella regla [...]. En una palabra: el Derecho romano se dejó llevar más bien por razones empíricas de justicia práctica que por consideraciones técnicas o de construcción causal. Creemos que la solución romana, que es la del Código civil [...], es la que se inclina mejor a los imperativos de justicia»⁴¹².

De nuevo, las afirmaciones del autor son insostenibles. Plantea con una radicalidad irreal la supuesta disyuntiva entre escoger por la atribución de los provechos de la cosa al comprador, y consecuentemente el riesgo⁴¹³, o atender a la bilateralidad de las obligaciones de los contratantes. Y mi desacuerdo se torna en incomprensión cuando, a pesar de que el propio ROCA SASTRE hace alusión a aquellos autores que recuerdan acertadamente que entre frutos y riesgos no hay una verdadera relación de equidad, desoye estas certezas señalando que se trata de «un modo superficial de ver el

⁴¹² ROCA SASTRE, 1948, p. 398-399. La cursiva es añadida.

⁴¹³ No volveré sobre la idea ya expuesta de que es el régimen de atribución de los frutos el que se amolda al de los riesgos y no al revés, como desafortunadamente afirma el autor. Me remito a lo ya explicado en el *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A). Pero ROCA SASTRE, 1948, p. 401, insiste que si el comprador debe pagar el precio es por «el principio de justicia elemental de que quien está a las maduras está a las duras». Pues bien, si de lo que se trata es de justificar ese supuesto principio con base en el refranero español, téngase en cuenta que el Instituto Cervantes apunta que el citado proverbio es poco usado frente a la más habitual utilización de la fórmula «estar a las duras y a las maduras»; la cual se alinearía con esa idea de que es el régimen de atribución de los frutos el que se ajusta al de atribución de los riesgos y no al contrario. Cfr. <<https://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=59366&Lng=0>>.

problema»⁴¹⁴. Sencillamente, es indefendible que una mera eventualidad, como la atribución de las mejoras de la cosa, pueda ser una cuestión de mayor preeminencia que un elemento estructural del contrato como la interdependencia de las obligaciones.

En tercer lugar, el autor explica la atribución del riesgo al comprador recurriendo a la idea del retraso en la entrega. Dice que «a éste, y no al vendedor se [debe], en su caso, que la entrega no se haya efectuado o que esté diferida»⁴¹⁵. Me parece curioso que ROCA SASTRE haga mención a esta cuestión y, a la vez, sea crítico con la tesis sobre la demora en la entrega defendida por DE COSSÍO Y CORRAL. Incluso dedica particular atención a las enseñanzas de IHERING sobre este extremo señalando que «guardan concordancia con la tesis de la *emptio perfecta*»⁴¹⁶, si bien aclara al momento que «no son aceptables en su integridad»⁴¹⁷. Aunque no me queda demasiado claro cuál es la opinión que el autor mantiene respecto de esa idea de la demora en la entrega, parece que le otorga una importancia accesorio. Por mi parte, debo criticar esta mención por ser innecesaria. Aparte de abrir el camino a laberínticas interpretaciones e hipótesis –como tuve oportunidad de mostrar al analizar el estudio de DE COSSÍO Y CORRAL–, debo añadir que no aporta nada a la doctrina de la *emptio perfecta* ni, mucho menos, contribuye a su clarificación. Si queremos establecer con claridad algún tipo de relación entre el mecanismo del riesgo y la cuestión del retraso, hay que afirmar lo siguiente: el reparto del riesgo entre vendedor y comprador se produce con anterioridad a cualquier tipo de tardanza; ya sea una tardanza sin trascendencia jurídica, ya sea una tardanza jurídicamente relevante⁴¹⁸.

⁴¹⁴ ROCA SASTRE, 1948, p. 400.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 397.

⁴¹⁶ PINTÓ RUIZ, 1975, p. 722, estima también que «la doctrina de Cossío, aun por caminos distintos, llega a la misma solución práctica que la doctrina de la *emptio perfecta*»; opinión que, como expreso en el texto, no comparto.

⁴¹⁷ ROCA SASTRE, 1948, pp. 396 y 402.

⁴¹⁸ *Vid.* Capítulo 1, IV.

Finalmente, y en cuarto lugar, el autor apuesta por la justicia del criterio de la *emptio perfecta* con base en las siguientes reflexiones: «ya en la fase de *emptio perfecta*, el vendedor, si bien continúa aún siendo propietario, no lo es de un modo absoluto o libre, pues la cosa que ha vendido y que posee a disposición del comprador, como si se produjere como un depositario, se halla en cierta manera vinculada por efecto de la obligación de dar, cumplible en cuanto el comprador quiera; y éste, si bien tampoco es aún propietario, tiene algo más que nada sobre la cosa comprada, lo que impide que él la considere como absolutamente ajena. Y es que en tal fase intermedia entre la celebración del contrato y su consumación, la cosa vendida es como si se hallara en la frontera imprecisa entre el patrimonio del vendedor y el patrimonio del comprador, es decir, como si se encontrara en la mitad del arco o parábola que marca la trayectoria o pase de dicha cosa de uno a otro de aquellos dos patrimonios»⁴¹⁹.

Aquí, de nuevo, un tributo al pasado y, en particular, a aquellos autores que justifican el *periculum est emptoris* en las fuentes romanas con base en la supuesta naturaleza alienatoria de la compraventa o teorías análogas⁴²⁰. No creo que sea útil recuperar estas suposiciones pues, más allá de la elocuencia de las palabras, no son una explicación fidedigna del art. 1452 Cc. Y digo todo esto con independencia de que se pueda admitir que la puesta a disposición del art. 333 Ccom es un modo de tradición. Pero si la transmisión del riesgo se produce en este momento, ello no se justifica en Derecho español porque el comprador sea propietario desde tal momento. Como bien reconoce ROCA SASTRE, la cuestión del riesgo en la compraventa «es independiente del sistema del traspaso de la propiedad»⁴²¹. Por lo tanto, hipotetizar sobre un ficticio emplazamiento de la cosa a medio camino entre los patrimonios de ambos contratantes no es más que una idea figurativa. Si queremos dar algún significado a estas palabras, hay que interpretarlas en el sentido de que la transmisión del riesgo se produce

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 401.

⁴²⁰ *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

⁴²¹ ROCA SASTRE, 1948, p. 402.

cuando la ejecución del contrato está en curso; cuando el vendedor ha exteriorizado al máximo su voluntad de cumplir la entrega; sencillamente cuando ha puesto la cosa a disposición del comprador. Y de aquí rápidamente se colige que la puesta a disposición es una terminología cuya suficiencia nos permite prescindir del circunloquio que representa la idea de la vinculación de la cosa al patrimonio del comprador cuando al mismo tiempo se niega que haya tenido lugar la transmisión de la propiedad; ilusión que no sólo se vuelve innecesaria, sino que sigue sin responder a la pregunta de por qué se escoge dicho momento –la puesta a disposición– para distribuir el riesgo y no otro anterior o posterior.

En fin, observamos cómo el autor acumula una batería de justificaciones de muy distinta índole para explicar el art. 1452 Cc. Las dos primeras tienen relación directa con el riesgo, pero creo que están mal enfocadas. Las dos segundas creo que son ajenas a nuestra cuestión y devienen superfluas.

Y si bien he ponderado el acierto del autor al dirigir la atención al concepto de la puesta a disposición para explicar el art. 1452 Cc, no consigue desprenderse de caducas discusiones que están –o deberían estar– ya superadas o solventadas. En efecto, ROCA SASTRE recurre a argumentos que, ya sea desde una perspectiva histórica o actual, son utilizados por aquel sector doctrinal que defiende la atribución del riesgo al comprador con la sola conclusión del contrato con la salvedad de lo que sucedería en los consabidos casos excepcionales. Pero el criterio de la puesta a disposición habría permitido al autor abstraerse de las generalidades a las que lamentablemente se adhiere y que no hacen más que afianzar el halo de mal derecho que rodea a la doctrina del riesgo de la contraprestación. Es difícil sustraerse de toda esta inercia heredada. No obstante, tales argumentaciones no impiden al autor defender la racionalidad de la solución del Código⁴²².

⁴²² *Ibidem*, p. 403: «En resumen, hay que estimar que el principio romano *res perit emptori*, combinado con la idea de la *emptio perfecta*, es el más justo y racional y que, por tanto, el Código civil, al seguir el criterio romano, ha procedido con acierto».

D) Alonso Pérez: el llamamiento a la adquisición

Por último, otro autor que se hace eco de la noción de la *emptio perfecta* para explicar el art. 1452 Cc es ALONSO PÉREZ. Tras un extenso análisis de la doctrina del riesgo en las fuentes romanas, el autor no concibe que el legislador español haya hecho caso omiso de una tradición histórica constante e ininterrumpida desde el Derecho romano. Afirma que sólo la Historia ofrece datos fidedignos para interpretar el art. 1452 Cc; precepto que compendia un cúmulo de pasajes sobre el riesgo de la contraprestación presentes en las mencionadas fuentes⁴²³.

La tesis del profesor salmantino sobre el art. 1452 Cc es, en esencia, la siguiente:

«[Admitimos] para el Derecho moderno el significado de la *emptio perfecta* romana como determinante de la traslación del riesgo al comprador. No basta que la venta sea perfecta, conforme al significado del C. c. (arts. 1.258 y 1.450 del C. c.), sino que es menester exista *la posibilidad inmediata de poner la cosa a disposición del comprador, su total “realizabilidad”* porque, en definitiva, la cosa se pierde para el comprador no tanto por su calidad de tal, cuanto por estar llamado inexorablemente a adquirir la cosa vendida. Si algún obstáculo se opone radicado en la estructura del negocio o en sus requisitos a esta posibilidad de adquisición inmediata en el comprador, no hay duda [de] que será el vendedor quien sufra las consecuencias, pues la obligación de entregar no estaba en condiciones de realizarse. Y, en consecuencia, el deudor (vendedor) no había dispuesto su prestación en circunstancias de satisfacer el interés del acreedor (comprador)».

ALONSO PÉREZ insiste: «Estas limitaciones ponen de relieve [...] que el riesgo pasa al comprador cuando la venta es perfecta –acuerdo sobre cosa y precio (art. 1.450 C. c.)– y, además, se halla en

⁴²³ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 297.

condiciones de realización por parte del vendedor o por la estructura del negocio. En definitiva, cuando la obligación de entregar no encuentra obstáculos [...] para convertir al comprador en adquirente, si lo desea, al punto (*res perit ei cui adquiritur*)»⁴²⁴.

En las explicaciones del autor asoma la noción de *poner la cosa a disposición del comprador*; lo cual podría llevarnos a pensar que, junto a ROCA SASTRE, considera que aquél es el momento de atribución del riesgo al comprador. Pero lo cierto es que ALONSO PÉREZ no comparte esta opinión. Aunque ya tendré ocasión de explicar qué significa exactamente para el autor la puesta a disposición a la que alude el art. 333 Ccom⁴²⁵, por ahora es suficiente con señalar que no acepta equivalencias o paralelismos entre dicha terminología y la *emptio perfecta* romana, plasmada en el art. 1452 Cc. Según dice, la puesta a disposición del Ccom «supone actividad extranegocial, auténtica realización, hasta un grado mayor o menor, de la prestación del vendedor»; palabras que denotan esa discusión a la que ya me referiré en su momento sobre si poner a disposición es o no cumplir con la obligación de entrega⁴²⁶. En cambio, la *emptio perfecta* era y es «la misma compraventa consensual –*emptio contracta*– liberada de todo obstáculo que [se oponga] a su consumación», «la compraventa que puede realizarse [y está exenta] de todo obstáculo que impida su eficacia», «la posibilidad inmediata de cumplir las obligaciones propias del vendedor y comprador»; en definitiva, una «mera actividad tendente a plenificar contractualmente la venta»⁴²⁷.

Quizás sorprenda que ALONSO PÉREZ se adhiera a la tesis sobre la *emptio contracta* y la *emptio perfecta* de SECKEL/LEVY, la extrapole a nuestro ordenamiento jurídico y, a la vez, disocie la perfección del art. 1452 Cc y la idea de la cosa dispuesta o lista para la entrega a la que no sólo recurren los juristas alemanes, sino también él mismo con el

⁴²⁴ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 306-308.

⁴²⁵ *Vid.* Capítulo 1, III, 3, A).

⁴²⁶ *Vid.* Capítulo 1, III, 3, B).

⁴²⁷ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 420.

fin de explicar el contenido de la *emptio perfecta* en Derecho romano⁴²⁸. Mayor perspicacia presenta ARIAS RAMOS cuando señala que «tal vez incluso en el Derecho moderno esta noción clásica de la *emptio venditio perfecta* [...] pudiera ser útil en la exégesis de algunos sistemas, como en el de nuestro Código civil; y en figuras como la de la “puesta a disposición” del artículo 331 [*lapsus calami*: artículo 333] de nuestro Código de Comercio»⁴²⁹. Como decía, más adelante analizo la postura que el profesor de Salamanca mantiene respecto al art. 333 Ccom. Pero sí puedo apuntar ahora que ALONSO PÉREZ se ve en la necesidad de poner distancia entre los conceptos de perfección y puesta a disposición porque, a su entender, el art. 333 Ccom se reserva para las compraventas que implican transporte de las cosas; posición – a mi entender– errónea pues, como ya he señalado, nuestras normas codificadas solo contemplan el supuesto de la compraventa de ejecución en plaza en la que es el comprador el que debe desplazarse o gestionar la sustracción de las cosas del establecimiento del vendedor y no este último.

Sea como fuere, a pesar de que ALONSO PÉREZ pretende deslindar la puesta a disposición y la compraventa perfecta como conceptos técnicos distintos, recurre a una terminología que no hace otra cosa que aproximarlos. Si –como dice el autor, entre otras expresiones– el riesgo corresponde al comprador cuando no hay ningún obstáculo para la ejecución de la compraventa, ello me lleva a pensar, junto a ROCA SASTRE, que si la cosa no está dispuesta para ser entregada –incluso aunque ya sea una cosa determinada, añadido– no es posible atribuir el riesgo al comprador. Y lo dicho ofrece un dato esencial sobre la doctrina del riesgo de la contraprestación que no debemos olvidar: se trata de un expediente eminentemente práctico que, para repartir el riesgo, atiende a la viabilidad o factibilidad de la ejecución de las obligaciones del vendedor y comprador y, en particular, de la obligación de entrega.

⁴²⁸ Vid. Capítulo 1, II, 3, A).

⁴²⁹ ARIAS RAMOS, 1947, p. 122. La cursiva es añadida. El autor se confunde al mencionar el art. 331 Ccom. Es el art. 333 Ccom el que alude expresamente a la puesta a disposición.

No obstante, el interés de ALONSO PÉREZ apunta en otra dirección. Creo que esas ideas sobre la total *realizabilidad* o *plenificación* de la compraventa –si acaso son necesarios ambos neologismos– y la ausencia de obstáculos estructurales en el contrato, hacen referencia a la superación de los posibles elementos que paralizan *de iure* la ejecución de la obligación de entrega y desatienden la de aquellos impedimentos que imposibilitan *de facto* la realización de dicha obligación; desinterés que quizá se justifica por dar por hecho que superados los primeros se superan automáticamente los segundos. Pero, como apunté al analizar el estudio de DE COSSÍO Y CORRAL, esto no tiene por qué ser así y, por lo tanto, no se debe dar por supuesto⁴³⁰.

Dicho con otras palabras, entiendo que el autor pone el fulcro de la atribución del riesgo al comprador en el momento en que, en virtud del contrato y de las características intrínsecas de la cosa, ésta adquiere una aptitud que la hace *potencialmente* idónea para ser entregada. Pero el autor no dice que sea necesario alcanzar unas determinadas condiciones extrínsecas o circunstanciales de tiempo, lugar y modo⁴³¹ que permitan *realmente* que dicha entrega pueda tener lugar.

Por lo tanto, parece que el autor hace reposar la atribución del riesgo de la contraprestación al comprador en la exigibilidad de la obligación de entrega; exigibilidad que también está presente, como hemos visto, en las explicaciones de DE COSSÍO Y CORRAL y, más recientemente, en las de ATAZ LÓPEZ⁴³². No obstante, veremos unos párrafos más abajo que ALONSO PÉREZ exige algún matiz, más allá de la sola exigibilidad, para justificar la atribución del riesgo de la contraprestación al comprador.

⁴³⁰ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

⁴³¹ *Vid.* Capítulo 1, III, 2.

⁴³² Afortunadamente, este último autor es capaz de escapar a las intrincadas explicaciones de DE COSSÍO Y CORRAL. En opinión de ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10242, «si quisiésemos englobar la casuística anterior al Código en una terminología más moderna, diríamos que la regla es que el riesgo se [atribuye] al comprador en el momento en que la cosa vendida queda plenamente determinada y la obligación de entrega se hace exigible».

Reparemos de nuevo en las transcripciones que hemos realizado del estudio de ALONSO PÉREZ: para que el riesgo corresponda al comprador, el autor reclama que exista la *posibilidad* de poner la cosa a disposición del comprador; no exige que la cosa se encuentre *efectivamente* a disposición del comprador.

Los tres requisitos que, según el autor, determinan la atribución del riesgo al comprador son los que enuncia y colige BÉRGAMO LLABRÉS a partir del *quid quale quantum et pretium* al que alude D. 18, 6, 8 pr.: «a) Eficacia definitiva del contrato ya perfecto. b) Individualización del objeto. c) Concreción del precio, y no sólo de las condiciones mediante las cuales podría llegarse a su fijación»⁴³³.

Por mi parte, los comentarios que merecen estas opiniones son los mismos que ya expuse con relación a la tesis de DE COSSÍO Y CORRAL. Cabe valorar positivamente la búsqueda de un criterio común conforme al cual se reparte el riesgo entre comprador y vendedor sin aludir a supuestas y numerosas excepciones a una regla general de atribución del riesgo al comprador. Sin embargo, el defecto de la presente tesis radica en respaldar la idea de que la atribución del riesgo al comprador tiene lugar con la sola conclusión del contrato y *sin ninguna otra matización* en el caso de la compraventa pura con objeto determinado.

Así se deriva de las anteriores explicaciones de ALONSO PÉREZ⁴³⁴ y del hecho de que siga las enseñanzas de BÉRGAMO LLABRÉS; cuyas expresas palabras no parecen dejar duda sobre tal extremo. En efecto, señala este último autor que la traducción española de la regla romana

⁴³³ Sigue ALONSO PÉREZ, 1972, p. 306, a BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 169; para quien los tres mencionados requisitos subyacen al art. 1452 Cc. Además, califica de «notoria exageración» el hablar «de una perfección de la compraventa a efectos [...] de los riesgos como de una cosa distinta de aquella perfección de la que el contrato extrae su fuerza obligatoria»; opinión que no comparto. También ROCA SASTRE, 1948, p. 396, tiene en cuenta estos tres requisitos para sostener que el riesgo corresponde al comprador desde que la cosa está puesta a su disposición.

⁴³⁴ Incluso en algún momento llega a hablar de la atribución del riesgo al comprador «por efecto del contrato». Cfr. ALONSO PÉREZ, 1972, p. 309.

sobre el riesgo de la contraprestación descansa «sobre los dos apotegmas siguientes:

1.º La carga de los riesgos, ya deriven éstos del *periculum interitus*, ya del *periculum deteriorationis*, recae sobre los hombros del comprador *desde el minuto mismo* en que las respectivas declaraciones de voluntad de las partes del negocio jurídico transmisivo han convergido, unánimes, sobre la cosa y el precio. *El desplazamiento de los riesgos es tan inexorable, que, a partir de dicho minuto, el comprador no puede alegar la no efectucción de la tradición como excepción dilatoria de dicha carga.*

2.º La destrucción fortuita de la cosa vendida, una vez perfeccionado el negocio, exonera de su obligación de entrega al vendedor, quien, a su vez, conserva vivo su derecho al precio, *como si hubiera cumplido regularmente todas las obligaciones asumidas en virtud del contrato*»⁴³⁵.

La segunda declaración del autor cae por su propio peso. Esa idea ficticia de que se ha cumplido la obligación de entrega cuando en realidad no ha tenido lugar no es más que otra de las muchas intenciones teóricas con las que o bien se trata de disculpar la supuesta atribución del riesgo al comprador con la sola conclusión del contrato, o bien se pretende ajustar la cuestión del riesgo al resultado que se produciría si se ejecutase la entrega en el momento de la conclusión del contrato⁴³⁶.

En cualquier caso, lo que ahora me interesa destacar es que BÉRGAMO LLABRÉS y ALONSO PÉREZ vienen a reconocer que en la compraventa pura de objeto determinado el riesgo corresponde al comprador desde

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 166. La cursiva es añadida.

⁴³⁶ Ya he reprobado el error de aquellas doctrinas que analizan la cuestión del riesgo de la contraprestación partiendo de la compraventa al contado como modelo. Me remito a lo ya dicho al examinar el estudio de DE COSSÍO Y CORRAL en este mismo apartado y al tratar las distintas teorías que indagan sobre el origen de la máxima *periculum est emptoris* en Derecho romano. *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

la conclusión del contrato porque los tres requisitos que exigen para dicha atribución ya se reúnen en ese momento.

Dicho esto, cabe preguntarse cuál es la *ratio iuris* del art. 1452 Cc para ambos autores.

BÉRGAMO LLABRÉS alude a las necesidades sociales que determinaron la formación del instituto de la compraventa; contrato cuyo desarrollo precisa de condiciones de seguridad y garantía. «Por eso, aunque el principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris*, básico en nuestro Derecho, parezca, a primera vista, una herejía obligacionista, es innegable que asienta firmemente sus plantas sobre un “sentimiento colectivo de justicia”»⁴³⁷.

Creo que las explicaciones del autor son demasiado vagas. Esas alusiones genéricas a las condiciones de seguridad y garantía –que entiendo referidas a la seguridad y garantía del vendedor a la obtención del precio a pesar del perecimiento o deterioro de la cosa no entregada– no son suficientes. Además, cabe preguntarse dónde queda la tutela de la seguridad y garantía de los intereses del comprador; quien no comprenderá –al menos con las explicaciones de BÉRGAMO LLABRÉS– por qué debe pagar el precio de la cosa que no se le entrega o se le entrega deteriorada.

Al contrario de lo que afirma el autor, el art. 1452 Cc está rodeado de un sentimiento colectivo de rechazo, incomprensión y desconcierto⁴³⁸; sentimiento retroalimentado por aquellos sectores doctrinales que, dentro de la inercia consistente en afirmar que nuestro ordenamiento jurídico sanciona la atribución del riesgo al comprador, o bien le

⁴³⁷ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 168. Sigue SOTO NIETO, 1965, p. 165, estas explicaciones: «es indudable –afirma– que la agilidad y seguridad que el tráfico comercial impone se ven favorecidos por esta solución».

⁴³⁸ Dice CASTILLA BAREA, 2001, p. 413: «no puede más que concluirse que el art. 1452 Cc es un elemento distorsionante del sistema de distribución del riesgo contractual que, al no sentirse como justo, está siendo objeto de una derogación de hecho por nuestra sociedad actual».

buscan paliativos y excepciones, o bien recurren a justificaciones de escasa solidez jurídica. Y, en mi opinión, BÉRGAMO LLABRÉS incurre en este error. Si con sus explicaciones no se acaba de comprender por qué al comprador se le atribuye el riesgo antes de la entrega, el autor añade otro argumento supuestamente decisivo que ya he criticado hasta la saciedad: «si, a tenor del art. 1.095 del C. c. –dice el autor– “el acreedor (en este supuesto el comprador) tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla”, o sea desde la perfección del contrato, es lógico que, por imperativos de equidad, quien se lucra con tales ventajas cargue, desde el mismo momento, con los riesgos correlativos»⁴³⁹.

Mayor concreción presenta ALONSO PÉREZ cuando justifica el fundamento del art. 1452 Cc. Son dos los argumentos que alega para defender la «bondad económico-jurídica del principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris*»⁴⁴⁰.

El primero ya lo he adelantado en las anteriores transcripciones. ALONSO PÉREZ no sólo requiere que la obligación de entrega sea potencialmente realizable, sino que, además, pueda convertir al comprador en adquirente dado que la cosa se pierde o deteriora para éste no tanto por su condición de comprador sino porque está llamado a adquirir la cosa vendida; lo cual, vendría a añadir un requisito más a la sola exigibilidad de la obligación de entrega.

A primeras, diré que no aporta mayor clarificación la idea del «llamamiento a la adquisición»; propuesta que, recuperando el adagio *res perit ei cui adquiritur* formulado por BETTI⁴⁴¹, se queda a medio camino entre afirmar o negar que el riesgo corresponde al comprador por ser propietario. Por ello, ALONSO PÉREZ se ve en la necesidad de aclarar que sus palabras no pretenden «resucitar» viejas teorías

⁴³⁹ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 169. Ya no es necesario volver sobre las críticas de esta errónea idea. Me remito a lo dicho en el Capítulo 1, II, 1, A).

⁴⁴⁰ Expresión del propio ALONSO PÉREZ, 1972, p. 303.

⁴⁴¹ La opinión de BETTI acerca de los orígenes históricos, fundamento y alcance del brocardo *periculum est emptoris* ya la conocemos y no es preciso reiterarla. *Vid.* Capítulo 1, II, 2.

conforme a las cuales se sostenga que el comprador soporta el riesgo porque, o bien la cosa ya ha salido del patrimonio del vendedor y se encuentra en el del comprador, o bien la compraventa tiene, al menos en la relación entre vendedor y comprador, eficacia traslativa. Sostiene el autor que el «defecto primordial [de estas doctrinas] reside en descansar en una ficción, pensando que el acreedor ya ha visto satisfecho su derecho de crédito».

Dicho esto, el autor insiste: «Mejor será pensar [...] que por la conclusión de la compraventa en condiciones de realizar inmediatamente la prestación el vendedor, el comprador está llamado a la adquisición y, por tanto, no hay razón para negarse a pagar el precio. [...] Si se prefiere, es pensar que el riesgo lo sufre el comprador cuando, además de perfecta la venta, y a pesar de estar la cosa *in bonis venditoris*, la prestación por parte de éste está en situación de realizarse y, por tanto, de lograr convertir al comprador en adquirente»⁴⁴².

Pues bien, el mismo carácter ficticio que achaca a las doctrinas que critica cabría oponerle a su propio planteamiento. Desde mi punto de vista, se mueven en el mismo terreno, aunque con distintas palabras. Y ya lo dije al analizar la tesis de ROCA SASTRE: todas estas indagaciones habría que traducirlas en el sentido de que la atribución del riesgo al comprador tiene lugar cuando la ejecución de la obligación de entrega está en curso; lo cual dirige mi atención hacia la puesta a disposición. Este es el verdadero llamamiento que importa a efectos de la transmisión del riesgo. Y, como antes decía, si se considera la puesta a disposición un modo de *traditio* en sede del art. 333 Ccom, al «llamamiento a la adquisición» de ALONSO PÉREZ habría que convertirlo en un «llamamiento a la entrega al que ya ha adquirido».

Pero el planteamiento de ALONSO PÉREZ tiene en realidad un impacto que supera a la propia disciplina de la transmisión del riesgo y el

⁴⁴² ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 306-307, en una extensa nota a pie de página.

campo de aplicación en el que tradicionalmente ha operado: entre la conclusión del contrato y la entrega. Cuando el autor apela al «llamamiento a la adquisición», está exigiendo la cualidad de propietario del vendedor que dispone de la cosa; cualidad que, de no tenerla, supone a su entender neutralizar el art. 1452 Cc y que el riesgo sea del vendedor incluso con posterioridad a la entrega⁴⁴³. Si las cosas se miran despacio, las reflexiones del autor estarían tratando de tutelar el *incumplimiento* por parte del vendedor de su obligación de transmitir la propiedad; obligación que el profesor salmantino no llega a admitir en sus explicaciones, pero que casi roza. Porque lo cierto es que si como punto de partida se admite que el Código civil no consagra tal obligación a cargo del vendedor, que en su caso responderá a través de la evicción por perturbaciones al comprador en la posesión legal y pacífica, a través de distintos razonamientos se viene a reconocer la existencia de tal obligación en muchos casos⁴⁴⁴. Y en estos supuestos, el vendedor habrá podido cumplir con su obligación de entrega y, de esta manera, se pone punto final al ámbito de aplicación de la teoría de la transmisión del riesgo del art. 1452 Cc. Pero el contrato no se habría cumplido en su totalidad si la propiedad libre de derechos de terceros no se ha transmitido *en el momento relevante*. Y tengo para mí que las ideas de ALONSO PÉREZ –quizás a caballo entre la apelación a la compraventa como contrato tendencialmente traslativo en la que hay una expectativa del comprador a la adquisición, que no se habría configurado como prestación del vendedor, y el reconocimiento de la obligación de transmitir la propiedad que no el autor no llega a admitir– buscan a través del expediente del riesgo una forma *indirecta* para tutelar al comprador que al entender del autor se encuentra en una situación injusta.

Sea como fuere, si –como decía en el párrafo anterior– a través de diversos razonamientos se viene a reconocer la existencia de la obligación de transmitir la propiedad, lo cierto es que los supuestos de

⁴⁴³ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 341-347.

⁴⁴⁴ *Vid.* Capítulo 4, IV.

venta de cosa ajena o de doble venta que tradicionalmente se han estudiado como supuestos que pueden alterar el régimen de la transmisión del riesgo del art. 1452 Cc, han de encauzarse, en su caso, como incumplimientos relativos a la obligación de transmitir la propiedad libre de derechos de terceros; incumplimientos de cuya trascendencia dependerá el remedio a ofrecer. Una cosa son –en el sentido más amplio de la palabra– los riesgos relativos a la obligación de entrega y otra cosa son los riesgos relativos a la transmisión de la propiedad. Y, por necesidad de claridad, el sistema ha de ofrecerles un tratamiento diferenciado⁴⁴⁵.

Si nos fijamos bien, ALONSO PÉREZ se está adentrando en los riesgos de la restitución y, en este ámbito, no son extrapolables sin más nociones propias de la transmisión del riesgo del art. 1452 Cc. Como me dijo un día el profesor MORALES MORENO, una cosa son los «riesgos de ida» y otra cosa «los riesgos de vuelta»; cuestiones relacionadas, pero con sus propias reglas. Este estudio se centra en los primeros, sin perjuicio de que en su momento *me acerque* a los segundos. Pero una cosa es evidente: el razonamiento de ALONSO PÉREZ conduce a hacer asumir al vendedor todo el riesgo de la restitución pues, según sus explicaciones, el comprador tendría derecho a la restitución o a conservar la totalidad del precio en caso de pérdida fortuita de la cosa ya entregada. Y esto no es así de sencillo.

En definitiva, si nos ceñimos en exclusiva al análisis de la disciplina de la transmisión del riesgo, opino que el «llamamiento a la adquisición» no sirve para explicar el sistema que se ha plasmado en el Código civil español. Si se adopta una perspectiva más amplia en la que observemos todo contrato y sus distintas obligaciones, la idea del «llamamiento a la adquisición» nos advierte de que, a pesar de la aplicación de la disciplina de la transmisión del riesgo, en su caso podría quedar pendiente el análisis del cumplimiento o incumplimiento de otras obligaciones –transmisión de la propiedad

⁴⁴⁵ *Vid.* Capítulo 4, IV.

libre de derechos de terceros– y el impacto que tal incumplimiento pueda tener en la aplicación de los remedios.

Retomando el análisis del art. 1452 Cc, el segundo argumento con el que ALONSO PÉREZ pretende justificar que «el riesgo y los provechos [se atribuyan] al comprador *por efecto del contrato*» es de índole comercial. Dice el autor que «en la venta la regla *res perit creditori* aparece como necesaria condición de existencia y desarrollo del crédito, debiendo el vendedor que lo otorga quedar suficientemente garantizado de obtener el precio de la cosa, aun cuando ésta se exponga a todo tipo de riesgo. Reconocida la posibilidad, *incluso para satisfacer necesidades económicas, de que la consumación de la venta se demore tanto con respecto a la obligación del vendedor de entregar la cosa, como con relación a la del comprador de pagar el precio*, el resultado será una agravación de la situación del vendedor a crédito, expuesto a riesgos notables en el intervalo que media entre conclusión y ejecución de la venta. Entre estos riesgos destacaría la libertad del comprador en el caso de que el vendedor se vea imposibilitado por caso fortuito de entregar la cosa. De ahí [...] la *necesidad de salvaguardar la certeza del derecho del vendedor, sin la que no se hubiera otorgado crédito* al comprador y, para ello, la necesidad consiguiente de imputar a éste los riesgos del perecimiento fortuito de la cosa. Regla que [...] ha sido dictada por la equidad y sugerida por la justa valoración de las situaciones recíprocas de los contratantes.

Parece claro que la solución del *periculum emptoris*, si desde sus orígenes se explicó y justificó por las necesidades del tráfico comercial, por el intento de dar celeridad y garantía al mundo negocial, hoy también puede basarse en idénticos pilares»⁴⁴⁶.

Debemos poner en valor el acierto del autor en la identificación del meollo de la cuestión. Al igual que en Roma⁴⁴⁷, las necesidades

⁴⁴⁶ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 309, siguiendo a RAMELLA. La cursiva es añadida.

⁴⁴⁷ *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

económicas separan la conclusión del contrato de la ejecución de las obligaciones del vendedor y comprador y, en consecuencia, exigen prever con particularidad las consecuencias de los riesgos fortuitos que puedan afectar a aquella de las dos prestaciones susceptible de padecerlos: la cosa y no el dinero.

Sin embargo, el autor hace recaer todo el peso de esta situación sobre los hombros del comprador; como si se tratase de un favor que se hace al mismo. Pero ésta es una impresión falsa. Si son los imperativos del tráfico comercial los que justifican la disgregación de la celebración del contrato y su ejecución, creo que no cabe partir de una posición apriorística según la cual ello beneficie más a una parte que a otra y, en consecuencia, se deba atribuir el riesgo a aquélla y no a ésta. Dado que el vendedor quiere vender y el comprador quiere comprar, ambos aceptan contratar en esa situación de distancia entre conclusión y cumplimiento del contrato. Reflexionar del modo que propone ALONSO PÉREZ supone, de nuevo, tratar la compraventa al contado como el arquetipo al que ajustar la solución sobre el riesgo de la contraprestación. Por lo tanto, debemos buscar la justificación de la atribución del riesgo al comprador en otro lugar.

III. INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS ARTS. 1452 CC Y 333 CCOM

1. Planteamiento y cuestiones previas

Una vez expuestos y analizados los distintos intentos con los que se ha tratado de explicar el art. 1452 Cc, sería esperable que procediese de inmediato a exponer mi opinión sobre el mencionado precepto; ultimando así todas las críticas que he vertido hasta el momento y justificando por qué entiendo, como he dejado apuntado, que la «puesta a disposición» de la cosa vendida es el criterio conforme al cual se reparte el riesgo de la contraprestación entre vendedor y comprador en el sistema plasmado en el Código civil.

Precisamente por ello, porque creo que ese concepto ausente en el Código civil de 1889 pero presente en el Código de comercio de 1885 es la clave de la regulación del riesgo contenida en las disposiciones sobre la compraventa de ambos Códigos, es menester que traiga a colación el segundo de ellos.

Con ello, no pretendo extrapolar lo que serían especialidades propias de la legislación mercantil a la legislación civil, sino mostrar que, en el fondo, los dos Códigos emplean *exactamente la misma regla* para distribuir el riesgo entre el vendedor y comprador. Más allá de la evidente disparidad en las palabras, encontramos la misma raíz. Y si bien es cierto que existe alguna diferencia sustantiva entre ambas regulaciones, ello no es consecuencia de ninguna exigencia técnica, sino el resultado de la bipartición originada por la desacompañada codificación civil y mercantil.

En efecto, la codificación mercantil tiene lugar, sesenta años antes que la civil, con la aprobación del Código de comercio de 1829 elaborado por SAINZ DE ANDINO. El artífice del Código, ante la incertidumbre generada por una legislación civil dispersa y los eventuales derroteros que puede seguir su codificación⁴⁴⁸, opta por introducir una serie de

⁴⁴⁸ Por todos es conocido que la culminación de la codificación civil está en gran medida condicionada por la cuestión foral. *Vid.* LASSO GAITE, 1970, pp. 17-20. Aunque otros fueron los acontecimientos que determinaron el estancamiento del Proyecto de Código civil de 1821. Interesantes aportaciones al respecto en PETIT, 2019, pp. 59-67: cambios políticos en las Cortes que supusieron la salida de los redactores del Código civil así como la priorización del Código penal, más el colapso del régimen constitucional de la época. Destaca el autor la pérdida de fondos documentales de las Cortes para la difícil tarea de seguir eventuales actividades de impulso, redacción y debate del proyecto. Con relación a la codificación mercantil, el mismo autor (PETIT, 1989, pp. 699-705) pone de manifiesto que el Código de comercio de 1829 no recibe inmediata aceptación en las Provincias Vascongadas; zona geográfica de indiscutible importancia mercantil que se resiste a la sustitución del orden corporativo consular por nuevos mecanismos que plantean –en palabras del autor– «un programa estatal de altos vuelos». En efecto, la oposición foral no se dirige frente al Derecho mercantil sustantivo codificado, sino contra una serie de dispositivos políticos (por ejemplo, el establecimiento de una matrícula de comerciantes desconocida en los ambientes mercantiles de Bilbao y San Sebastián que tiene relevancia a la hora de seleccionar a los integrantes de los nuevos tribunales que sustituyen a los consulados, o la atribución a delegados regios –ausentes en el territorio vasco– de amplias competencias en el control y

disposiciones sobre los contratos en general y ciertos contratos en particular, como la compraventa; precisando así conceptos y materias que son ajenos a su competencia⁴⁴⁹.

No obstante, la tarea codificadora está todavía lejos de su culminación y, a pesar del reconocimiento que recibe la obra de SAINZ DE ANDINO, se nombra prontamente –en 1834– la primera de las siete comisiones que van a tratar la reforma del Código de comercio⁴⁵⁰.

El legislador manifiesta su intención de armonizar el Código de comercio y el futuro Código civil⁴⁵¹; propósito que se materializa en alguno de los sucesivos proyectos de reforma mediante la drástica supresión de numerosos preceptos relativos a materias –entre ellas la compraventa– correspondientes al Código civil⁴⁵². Sin embargo, la

vigilancia de las actividades mercantiles y en el proceso de selección de las magistraturas de la jurisdicción especial) que se ven como el preludio de futuras injerencias que podrían amenazar la conservación de los fueros. Según dice PETIT, «se trataba de defender un planteamiento foral de contenido amplio»; oposición que queda más o menos zanjada en 1830 con el reconocimiento de ciertas demandas por parte de la Corona.

⁴⁴⁹ En este sentido, GIRÓN TENA, 1986, pp. 149, 155 y 159.

⁴⁵⁰ MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1991, pp. 12 y 14, sostienen que puede ser inevitable mostrar cierta sorpresa ante el hecho de que se piense en reformar o sustituir el Código de 1829 poco tiempo después de su entrada en vigor; pues nadie discute la calidad del Código o su adecuación a la realidad socioeconómica de la época. Es más, recibe una acogida favorable por parte de la doctrina francesa y es adoptado por algunos de los nuevos estados americanos como código nacional. Estos autores creen que el germen del espíritu reformista se encuentra en los cambios políticos que se producen con el paso del régimen absolutista de Fernando VII, durante el cual se aprueba el Código, a un contexto más progresista. Son también interesantes las aportaciones de PETIT, 2014, pp. 1259-1264; quien describe un ambiente de rencillas personales y cruces de reproches entre las personalidades que protagonizaron la tarea codificadora. El autor no descarta que el desprestigio en que se ve envuelto el artífice del Código sea uno de los factores que favorecen la reforma de su obra.

⁴⁵¹ *Vid.* el resumen del Real Decreto de 13 de junio de 1834 por el que se nombra la Primera Comisión de reforma, así como extractos de las actas de dicha Comisión en MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1991, p. 17 y 27

⁴⁵² En efecto, el Código de comercio de 1829 cuenta con treinta artículos dedicados a los contratos de comercio en general y veintitrés al contrato de compraventa. El Proyecto de Código de comercio de 1837, elaborado por la Primera Comisión, tan solo dedica dos preceptos a los contratos en general y nueve a la compraventa. El Proyecto de 1838, elaborado por la Segunda Comisión, consagra tres artículos a los contratos en general y diez a la compraventa.

tarea expurgadora no se consuma, se desatiende ese ánimo de concordar la legislación civil y mercantil⁴⁵³ y la elaboración del Código de comercio de 1885 se plantea como una reforma del Código de comercio de 1829⁴⁵⁴; no como la continuación de proyectos y trabajos anteriores⁴⁵⁵.

Como resultado, perduran en el Código de comercio vigente⁴⁵⁶ una serie de disposiciones que, bajo la apariencia de especialidad mercantil, siguen siendo, en realidad, aquellas precisiones realizadas en 1829 ante el recelo generado por determinados puntos oscuros de la legislación civil y por la incertidumbre y complejidades que rodea la elaboración del Código civil⁴⁵⁷. Y, en lo que respecta al contrato de compraventa⁴⁵⁸, las críticas a este proceder no se hacen esperar.

Destaca el Informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid en 1882 que, en alusión a la regulación que de

⁴⁵³ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836 puede leerse lo siguiente: «Los negocios y contratos mercantiles, aunque tienen muchos puntos de contacto con los principios y disposiciones legales del Código civil, son bajo ciertos aspectos de una índole particular que los distingue de otros asuntos y contrataciones comunes; por eso se han separado las leyes relativas al comercio para formar con ellas el Código mercantil».

⁴⁵⁴ GIRÓN TENA, 1986, p. 155; quien destaca que la concordancia entre ambos cuerpos legales no fue tema atendido.

⁴⁵⁵ Tras su trabajo de recopilación y análisis de la codificación mercantil española, MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1991, p. 15, concluyen que el proceso de elaboración del Código de comercio de 1885 no es el resultado de una sucesión lógica y sistemática de los trabajos realizados por las siete comisiones de reforma.

⁴⁵⁶ Las líneas maestras del Código de comercio vigente se establecen en el Proyecto de Código de comercio de 1875 elaborado por la Sexta Comisión, a pesar de alguna modificación o adición introducida por la Séptima Comisión en el Proyecto de 1882; que es finalmente tramitado y aprobado como Código de comercio en el año 1885. *Ibidem*, pp. 68 y 89.

⁴⁵⁷ GIRÓN TENA, 1986, p. 155. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1990, pp. 292-293, señala que el Código de comercio mantiene una serie de preceptos que resultan «inútiles y perturbadores» a la vista de la regulación contenida en el –futuro– Código civil y apunta que «se mantuvieron quizás por inercia, quizás por dudarse de que el Código civil fuese por fin aprobado rápidamente».

⁴⁵⁸ Tal y como se lee en las actas de la Sesión de 26 de abril de 1881 de la Séptima Comisión, los artículos relativos al contrato de compraventa se aprueban sin necesidad de examen porque provienen, con leves alteraciones, del Código de comercio de 1829. Puede consultarse la integridad del acta en MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1993, pp. 363-365.

este contrato contiene el Proyecto de 1875⁴⁵⁹, afirma que «no difiere esencialmente de nuestro derecho común, y que la legislación llamada especial no tiene otra especialidad que la forma y no el espíritu ó la esencia»; de forma que las disposiciones relativas a la compraventa y otros contratos «no debieran ser asunto del Código»⁴⁶⁰. En este sentido, otras voces insisten que las previsiones sobre la compraventa contenidas en el Código de comercio proceden de idénticas fuentes que las de nuestro Código civil y que las escasas desviaciones que existen entre ambas regulaciones no son justificables por razones de comercio⁴⁶¹.

Pues bien, creo que las anteriores consideraciones encuentran su confirmación, como decía unas líneas más arriba, en lo referido a la doctrina del riesgo en la compraventa⁴⁶². No obstante, son muy pocos quienes se han planteado, aunque sea mínimamente, una posible unidad de fundamento entre los sistemas del riesgo de la contraprestación plasmados en ambos Códigos⁴⁶³ y, hasta donde he

⁴⁵⁹ No se aprecia ningún cambio en la regulación sobre el contrato de compraventa del Código vigente respecto del Proyecto de 1875 ni del Proyecto de 1882.

⁴⁶⁰ Puede consultarse el mencionado Informe en MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1993, pp. 297-331, particularmente, p. 317. MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1991, p. 78, también aluden a un Informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo en 1881 en el que se señala que la regulación de la compraventa, así como de otros contratos, «irán desapareciendo poco a poco para formar parte integrante de los códigos civiles a medida que esta rama de la legislación vaya penetrando por el escabroso camino de las reformas».

⁴⁶¹ RUBIO, 1950, p. 152.

⁴⁶² En contra de esta opinión, señala ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 67-68 que, si el legislador mercantil decidió llevar a cabo una regulación de la normativa del riesgo en la compraventa, ello «no tendría excesivo sentido si en la época en que se promulgaron ambos Códigos de comercio, y ante la ausencia de un Código civil, se deseara mantener la misma respuesta que el Derecho romano, el *ius commune* y el histórico castellano».

⁴⁶³ Ya sabemos que ARIAS RAMOS, 1947, p. 122, y ROCA SASTRE, 1948, p. 395, barajan esta posibilidad. Por su parte, MENÉNDEZ, 1951, p. 244, considera interesante la sugerencia. Mera alusión al art. 333 Ccom en LACRUZ BERDEJO, 1979, p. 16. Con agudeza, apunta PUIG BRUTAU, 1982, p. 177, en nota a pie de página, que no son de todo exactas aquellas especulaciones doctrinales que, al comparar el art. 333 Ccom con el art. 1452 Cc, sostienen que se inspiran en principios opuestos. Díez-PICAZO, 2010, p. 117, cree que la solución del art. 333 Ccom coincide con la del art. 1452.3 Cc según la interpretación que el autor le da; lo cual, entiendo, supone decir que el precepto no regula el caso de pérdida. También concuerda ambos preceptos LLAMAS POMBO, 2014, p. 321.

podido comprobar, nadie ha profundizado lo suficiente en esta dirección⁴⁶⁴.

Aconsejados, quizás, por la prudencia –pues si el estudio individual de cada régimen se presenta de por sí problemático, cabría imaginar que abordarlos a la vez no haría otra cosa que engrosar la lista de hesitaciones⁴⁶⁵– civilistas y mercantilistas han tendido a poner frente a frente ambas regulaciones para desvincularlas al instante⁴⁶⁶ y proceder a un análisis por separado. En efecto, la práctica totalidad de los autores parten en sus estudios de una premisa que parecen asumir como incontrovertible e incontestable: mientras el Código civil – inspirado en la máxima romana *perfecta emptione periculum est emptoris*– consagra el «principio de la perfección», el Código de comercio – inspirado en el Derecho germánico– sanciona el «principio de la tradición o entrega»; o sea, *periculum est venditoris*⁴⁶⁷.

A mi entender, en cambio, un examen a la par no hace otra cosa que disipar las dudas que se presentan tanto en uno como en otro código: ambos se informan mutuamente y nos ilustran conjuntamente para que lleguemos a las mismas conclusiones. De esta forma, donde se han querido apuntalar especialidades, es posible ver esa unidad de

⁴⁶⁴ Subraya MOREU BALLONGA, 1985, p. 6, en nota a pie de página, que en materia de riesgos de *la prestación* existen «dos tradiciones paralelas –la mercantil y la civil– que hasta ahora no se han conectado».

⁴⁶⁵ Lo dice sin ambages SECO CARO, 2009, p. 163: para analizar las previsiones del Código de comercio sobre el riesgo de la contraprestación, el autor no considera de «interés aludir a las normas del Código civil, ni establecer comparaciones entre una y otra regulación que pueden más confundir que ayudar al intérprete». Mi planteamiento es diametralmente opuesto.

⁴⁶⁶ Por ejemplo, GARRIGUES, 1956, p. 89, considera que el Código de comercio se inspira en «principios opuestos» a los del Código civil. LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 95, apunta que el Código de comercio sigue un criterio «manifiestamente contrario» al del Código civil. SOTO NIETO, 1965, p. 320, habla de «contraposición radical» entre ambos sistemas.

⁴⁶⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 378; GARRIGUES, 1956, pp. 88-89; LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 94-95; SOTO NIETO, 1965, p. 320; PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, 2002, p. 1349; SECO CARO, 2009, pp. 187-188. Por su parte, aunque ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 421-422, sostiene que el Código de comercio acoge el criterio de la tradición, no cree que ello se deba a la influencia del Derecho germánico.

fundamento a la que me refería; donde se han querido ver contrariedades, cabe encontrar igualdad de soluciones.

En cualquier caso, hay que señalar que la regulación sobre el riesgo de la contraprestación contenida en el Código de comercio no se caracteriza por su nitidez. Al igual que han corrido ríos de tinta para explicar los giros del art. 1452 Cc, abunda la disparidad en las interpretaciones que se han realizado de la ley mercantil y, entre los distintos preceptos que debemos examinar, los arts. 331 y 333 Ccom ofrecen soluciones que, a simple vista, aparentan ser contrapuestas⁴⁶⁸.

A continuación, reproduzco los mencionados preceptos y sus antecedentes; que son respectivamente los arts. 365.1 y 366 Ccom de 1829:

Art. 365.1 Ccom de 1829:

«Cuando la falta de entrega de los efectos vendidos proceda de que hubieren perecido, ó se hubieren deteriorado por accidentes imprevistos sin culpa del vendedor, cesa toda responsabilidad de parte de éste, y el contrato queda rescindido de derecho»⁴⁶⁹.

Art. 366 Ccom de 1829:

«Los daños y menoscabos que sobrevinieren en las cosas vendidas después de haberse concluido irrevocablemente la venta en forma legal, y de tenerlas el vendedor a disposición del comprador hasta hacerle la entrega en lugar y tiempo en que por las condiciones del contrato o con arreglo a derecho se debiere verificar, son de cuenta del comprador, a menos que hayan ocurrido por fraude o negligencia

⁴⁶⁸ El sentir general de la doctrina lo resume LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 92, al afirmar que el Código de comercio «se expresa en términos tan confusos que los mercantilistas no se muestran de acuerdo e incluso la jurisprudencia resulta oscura y, a veces, contradictoria».

⁴⁶⁹ En el momento de estudiar la relación entre el expediente del riesgo en la compraventa y el incumplimiento contractual, hago alusión a esa «rescisión del derecho». *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A). Nótese que se aplica tanto al caso de pérdida como de deterioro. En el texto explico lo que para mí es un error del legislador.

del mismo vendedor».

Art. 331 Ccom de 1885:

«La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, darán derecho al comprador para rescindir el contrato⁴⁷⁰, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito».

Art. 333 Ccom de 1885:

«Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempos convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor».

No albergo duda alguna de que ambos preceptos –arts. 331 y 333 Ccom– regulan la tradicional parcela del riesgo de la contraprestación en la compraventa⁴⁷¹; la letra de la ley es de meridiana claridad al focalizar sobre las vicisitudes negativas que afecten a la cosa y que no sean subjetivamente imputables al vendedor⁴⁷². Tampoco cabe inferir de sus diferencias terminológicas ningún dato de relevancia que nos permita concluir que cada artículo atiende a eventos dañosos

⁴⁷⁰ En el momento de estudiar la relación entre el expediente del riesgo en la compraventa y el incumplimiento contractual, hago alusión a ese derecho a «rescindir» [*rectius* resolver] el contrato. *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A). Nótese que el legislador de 1885 sigue manteniendo el error del legislador de 1829: conceder la resolución tanto para el caso de pérdida como de deterioro.

⁴⁷¹ Aunque ALCOVER GARAU, 1991, pp. 155-158, quien realiza una interpretación encomiable del art. 333 Ccom, sostiene que el art. 331 Ccom no regula el riesgo; opinión que, como tendré ocasión de explicar, no comparto. Con anterioridad, ya MENÉNDEZ, 1951, pp. 252-253, trata de poner distancia entre ambos preceptos. Lo estudio con detenimiento más adelante.

⁴⁷² Explica LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 92-93, que, en materia de riesgos, no se atiende a daños o menoscabos ocasionados con dolo, negligencia o morosidad del vendedor; aspecto que comparten el Código de comercio y el Código civil. Se parte –dice– del siguiente escenario: «la falta de culpabilidad».

distintos⁴⁷³. Y ante esta duplicidad de previsiones, el intérprete se ve obligado a realizar una labor de conciliación, pues el art. 331 Ccom asume como criterio para repartir el riesgo de la contraprestación el momento de la entrega de la cosa, mientras que el art. 333 Ccom atiende a la puesta a disposición; «entrega» y «puesta a disposición» que, dicho sea de paso, el Código de comercio no define y cuyo contenido habrá que concretar en armonía con los restantes preceptos relacionados con la cuestión del riesgo. Pero antes de proceder a este análisis, son convenientes unas aclaraciones previas.

Tal y como se puede inferir de las anteriores transcripciones y de las explicaciones hechas unas líneas más arriba, en lo tocante a la regulación del riesgo de contraprestación en particular y del contrato de compraventa en general, el Código de comercio de 1885 es trasunto del anterior de 1829⁴⁷⁴; por lo que se torna casi automática la comparativa entre ambos textos para contrastar los posibles cambios. Aunque, en mi opinión, no ha variado el criterio conforme al cual se

⁴⁷³ De forma aislada en nuestra doctrina, MARTÍ, 1985, pp. 152-153, recurre a una interpretación semántica de dudosa solvencia que le permitiría diferenciar el ámbito de aplicación de cada precepto. Por un lado, los términos «pérdida o deterioro» del art. 331 Ccom afectarían –según dice– «a la existencia o a las cualidades de la cosa que la hacen adecuada al uso que le es propio», de forma que dejaría de existir «en cuanto objeto sobre el que recayó el acuerdo de los contratantes». Por otro lado, los «daños y menoscabos» del art. 333 Ccom no producirían «por sí mismos el efecto de impedir el cumplimiento de la obligación de entrega por faltar el objeto vendido» pues no afectan «a la existencia de la cosa, ni [...] al uso propio de la misma». No es necesario abundar en las críticas que cabe hacer a este planteamiento. Es suficiente con señalar que desconoce la amplitud que el término «daño», desde muy antiguo, adquiere en materia de riesgos en la compraventa. MARTÍ DE EIXALÁ, 1875, p. 188, con referencia al Código de comercio de 1829, descarta la viabilidad de esta interpretación. Actualmente, la doctrina está de acuerdo en que los términos «pérdida o deterioro» y «daños y menoscabos» de los arts. 331 y 333 Ccom se interpretan conjuntamente y de forma amplia. Por todos, GARRIGUES, 1964, p. 304.

⁴⁷⁴ Dice GIRÓN TENA, 1986, p. 41, que el Código de 1885 realiza «arreglos gramaticales», más que otra cosa, y retrotrae su imagen a los supuestos de hecho regulados en el Código de 1829 (p. 142). En este sentido, ALCOVER GARAU, 1991, p. 141, sostiene que el Código de 1885 «es poco más que una copia retocada» del Código de 1829. SÁNCHEZ CALERO, 1986, p. 217, subraya que las modestas innovaciones introducidas en materia de contratos están más bien encaminadas a una revisión de la sistemática y redacción de los preceptos y no a cuestiones de fondo. En idéntico sentido, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1990, p. 291, habla de cambios menores.

reparte el riesgo entre el comprador y el vendedor, será necesario reparar en alguna de las modificaciones realizadas; bien porque la doctrina les concede un erróneo alcance, bien porque considero que presentan cierta trascendencia.

Asimismo, la anterior constatación nos ofrece un dato significativo: si, con carácter general, se ha criticado el Código de comercio de 1885 por vetusto, pues sigue siendo el reflejo de un tráfico económico pretérito y se han desatendido las transformaciones comerciales que comienzan a producirse a lo largo del siglo XIX⁴⁷⁵, con carácter particular, se ha reprobado su normativa sobre la compraventa; regulación centrada en los supuestos más elementales de este contrato⁴⁷⁶.

En efecto, el Código de comercio adopta como modelo típico de contratación la compraventa de ejecución en plaza⁴⁷⁷; prototipo de contrato que, si bien no lo enuncia ningún precepto del Código, veremos que subyace tras la propia ordenación de la ley mercantil.

Lo cierto es que así deriva también de los arts. 1171.3⁴⁷⁸ y 1500.2⁴⁷⁹ Cc –cuya lectura conjunta informa que, a falta de pacto, tanto la

⁴⁷⁵ Afirma ALCOVER GARAU, 1991, p. 142, con apoyo en la impresión generalmente compartida por la doctrina, que el Código de comercio de 1885 nace ya viejo y anticuado; defectos que se acentúan con el paso del tiempo y el progresivo desarrollo socio-económico.

⁴⁷⁶ En este sentido, GIRÓN TENA, 1986, pp. 143 y 150; quien describe una regulación basada en la compraventa interlocal que informa en su día al Código de comercio de 1829. El Informe de 20 de marzo de 1882 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio de 1875 destaca que «el espíritu moderno no ha introducido modificación notable» en la regulación sobre la compraventa. Puede consultarse dicho Informe en la recopilación realizada por MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1993, pp. 297-331; en particular, p. 317.

⁴⁷⁷ Lo afirma ALCOVER GARAU, 1991, pp. 163-164, siguiendo a MENÉNDEZ, 1979, p. 43; en cuya opinión, el de 1885, es un «código de la tienda y el almacén». Otros autores aluden también al establecimiento del vendedor como lugar de ejecución del contrato. Por ejemplo, GARRIGUES, 1956, p. 83; BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 73; SÁNCHEZ CALERO, 1969 (1986), p. 440; SECO CARO, 2009, p. 211.

⁴⁷⁸ Dispone el art. 1171 Cc que «el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En

entrega de la cosa vendida como el pago del precio deben realizarse en el domicilio del vendedor– y lo confirma los antecedentes históricos de este contrato. Nos encontramos ante una compraventa de factura romana; tiempos en los que el vendedor no realiza la remesa ni la expedición de las mercancías, los pequeños comerciantes contratan con cosas que tienen a mano y el comerciante al por mayor, o bien compra las mercancías que llegan a los mercados portuarios, o bien los importa él mismo, como armador, valiéndose de sus propios medios⁴⁸⁰.

Consecuencia de todo ello –y a lo que a nosotros nos interesa– es que las previsiones sobre el riesgo de la contraprestación están desconectadas de las transformaciones acaecidas en el tráfico marítimo y terrestre que, dicho sea de paso, el legislador no ignora⁴⁸¹; lo cual hace todavía más criticable su desvinculación. Hemos heredado, en definitiva, una normativa sobre el riesgo diseñada *exclusivamente* para esa compraventa de ejecución en plaza; característica presente tanto en los arts. 331, 333 Ccom y concordantes, como en el art. 1452 Cc.

Por esta razón, no es de recibo un planteamiento como el de ALONSO PÉREZ; quien sostiene que el art. 331 Ccom regula la compraventa en

cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor». La doctrina se muestra de acuerdo al afirmar que, aunque el párrafo tercero del precepto se presente como el criterio subsidiario, en realidad se trata de la pauta general. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 672; CRISTOBAL MONTES, 1993, p. 228; MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8608.

⁴⁷⁹ Según el art. 1500 Cc, «el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida». La doctrina es unánime al señalar que el segundo párrafo del precepto se funda en la ejecución simultánea de las contraprestaciones. En este sentido, GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 432-435; MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8605; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10620-10621.

⁴⁸⁰ ARIAS RAMOS, 1947, pp. 117-118, siguiendo a SECKEL/LEVY.

⁴⁸¹ La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 1882 repara con particular atención en el desarrollo del ferrocarril y del comercio marítimo. Con particular mención a este último comercio, señala GIRÓN TENA, 1958, p. 41, que «nuestro Código en gran medida refleja la estampa del período precedente o cuando más de transición; es el hecho, sin embargo, –y hecho grave– que tiene que servir a un tráfico que evidentemente no llegó a adivinar».

plaza, mientras que el art. 333 Ccom está *expresamente* dedicado a la compraventa de plaza a plaza y sus diferentes modalidades⁴⁸². No pretendo criticar el esfuerzo de quienes tratan de encajar en la letra de la ley realidades para las cuales aquélla no ha sido redactada. En este sentido, parte de la doctrina ve en la noción de la «puesta a disposición» del art. 333 Ccom apoyo para tratar –entre otras– la cuestión del riesgo de la contraprestación en aquellas compraventas que implican la expedición o remisión de las mercancías⁴⁸³.

No obstante, observaremos que este proceder tiene el inconveniente de enturbiar la determinación del verdadero alcance y relación de los arts. 331 y 333 Ccom. Antes de nada, como indiqué en su momento, me interesa clarificar la eterna discusión sobre cuál es el sistema del riesgo de la contraprestación plasmado en la codificación española; y lo cierto es que la puesta a disposición del art. 333 Ccom está pensada para los casos de compraventa con entrega directa y en plaza⁴⁸⁴. El valorar si es posible estirar esta noción y extrapolarla a las compraventas que implican transporte de las mercancías o si cabe inducir de la misma otro concepto que abarque tales supuestos de compraventa, es una cuestión que abordaré a su debido tiempo⁴⁸⁵.

Del mismo modo, aunque constatemos que el régimen sobre la distribución del riesgo del Código de comercio se basa en la compraventa de ejecución en plaza, hay que reiterar que la razón de ser de estas previsiones no se encuentra en las compraventas en las que conclusión y ejecución del contrato se realizan instantáneamente. Creo que ello ha quedado suficientemente claro al tratar del origen del expediente del riesgo en la compraventa romana y al criticar aquellos razonamientos de DE COSSÍO Y CORRAL y ALONSO PÉREZ que, en sede del art. 1452 Cc, conducen a semejante error.

⁴⁸² ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 423-444.

⁴⁸³ En este sentido, DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, pp. 388-392 y 395-397; MENÉNDEZ, 1955, pp. 114-115; GARRIGUES, 1964, pp. 264-266; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 426 y 433.

⁴⁸⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 222.

⁴⁸⁵ *Vid.* Capítulo 4, II, 2, A).

No obstante, insisto en este aspecto porque algunos autores consideran que el art. 331 Ccom imputa el riesgo de la contraprestación al vendedor hasta la entrega precisamente porque el precepto se ciñe a aquellos casos en que existe inmediatez entre conclusión y ejecución de la compraventa; eliminando así dificultades para la interpretación del art. 333 Ccom que quedaría reservado para realidades más complejas⁴⁸⁶. Como digo, esto es un planteamiento equivocado pues, al igual que el art. 1452 Cc, tanto el art. 331 Ccom como el art. 333 Ccom están pensados para supuestos de compraventa con ejecución diferida y su correcta delimitación se alcanza por otro camino.

En cualquier caso, resulta curioso observar cómo la doctrina se apoya en la idea de la compraventa al contado para defender tanto que el Código civil se rige por la máxima *periculum est emptoris*, como que el Código de comercio está informado por la máxima *periculum est venditoris*. Y si bien es cierto que los arts. 1452 Cc y 331 Ccom parecen corroborar formalmente estas conclusiones, que una misma reflexión conduzca a resultados tan distintos no es más que otro argumento para dudar de su solvencia⁴⁸⁷.

Una vez realizadas estas precisiones, puedo proceder al análisis de la relación de los arts. 331 y 333 Ccom para cohesionarlos poco a poco con el art. 1452 Cc. Comenzaré con el examen del art. 333 Ccom pues, a mi entender, es el precepto que contiene el criterio general para repartir el riesgo en la compraventa alrededor de la puesta a disposición y que debemos casar con el art. 1452 Cc en plano de igualdad. Posteriormente me referiré al art. 331 Ccom que, ya adelante, no contradice el art. 333 Ccom, sino que aplica su mismo

⁴⁸⁶ En este sentido, razona SOTO NIETO, 1965, p. 326, que el precepto atiende a los casos no problemáticos en que los contratantes «se hallan en la misma localidad y a la inteligencia de los interesados subsigue la real aprehensión de los objetos por el adquirente». Por su parte, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 426, considera que el art. 331 Ccom «está pensando en el modelo más simple, típicamente decimonónico, de compraventa “en plaza” con posibilidad de entrega inmediata, sin las complicaciones que [...] implica la moderna compraventa a distancia».

⁴⁸⁷ Recordemos las interesantes reflexiones de TALAMANCA, 1995, p. 293, al respecto expuestas en la nota a pie de página 172.

criterio pero adaptado a un supuesto de hecho concreto: la compraventa con entrega a término.

2. Armonización de los arts. 333 Ccom y 1452 Cc

A) Posible cristalización de la emptio perfecta en la puesta a disposición del art. 333 Ccom

Ese viejo temor por las incertidumbres y lentitudes del Derecho civil⁴⁸⁸, que lleva a SAINZ DE ANDINO a introducir en el Código de comercio de 1829 materias que son ajenas a las especialidades mercantiles, presenta uno de sus máximos exponentes en la regulación del contrato de compraventa. Una lectura de los arts. 329 a 339 Ccom de 1885 evidencia el empeño del legislador por regular con precisión y minuciosidad la relación de interdependencia que existe entre las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio en el plano funcional; prestando singular atención a la ejecución de la obligación de entrega, la actividad que deben desarrollar tanto el vendedor como el comprador para su cumplimiento y los derechos que disponen las partes –con especial mención al remedio resolutorio⁴⁸⁹– en caso de incumplimiento por la contraparte⁴⁹⁰.

Además, se observa un particular interés del legislador por atar cortos los tiempos, de forma que la ejecución del contrato con el intercambio de las contraprestaciones sea rápida y sin postergaciones; interés por la celeridad que se señala hasta el hartazgo como una supuesta singularidad propia de la compraventa regulada por el Código de

⁴⁸⁸ GIRÓN TENA, 1986, p. 159.

⁴⁸⁹ Como señala ALONSO PÉREZ, 1972, p. 424, los arts. 327 y ss. Ccom emplean impropriamente el término «rescisión» cuando quieren referirse de forma inequívoca a la figura de la «resolución» del contrato bilateral.

⁴⁹⁰ Preocupación «casi obsesiva» del legislador por seguir la doctrina del sinalagma funcional. *Ibidem*, p. 422. También ALCOVER GARAU, 1991, p. 144, destaca que la mayoría de los artículos del Código de comercio dedicados a la compraventa tienen como «fin único y primordial» regular con criterios seguros el nexo de reciprocidad de ambas contraprestaciones.

comercio⁴⁹¹ cuando, en realidad, se trata de una preocupación del tráfico económico que el legislador, concienzudo, quiere tutelar. En efecto, ni SAINZ DE ANDINO en 1829 ni el legislador de 1885, que sigue su estela, pretenden crear especialidades mercantiles de forma gratuita en sede de compraventa.

Los anteriores aspectos encuentran su aplicación en la doctrina del riesgo alrededor del concepto de la «puesta a disposición» de las mercancías.

No obstante, se observará que el legislador no sigue un orden de materias bien definido para regular aquellas cuestiones del contrato de compraventa que ha introducido en el Código de comercio y, en consecuencia, tampoco presenta la cuestión del riesgo correctamente sistematizada; hecho del que deriva la problemática cohesión de los arts. 331 y 333 Ccom. De esta forma, el intérprete se ve obligado a seleccionar, con mayor o menor fortuna, aquel precepto que considere un buen comienzo de sus explicaciones y saltar de este a otros con el fin de coordinar las distintas previsiones que, en alguna medida, puedan estar conectadas con el riesgo de la contraprestación.

Como la cuestión está íntimamente enlazada con la obligación de entrega, conviene comenzar reproduciendo el art. 337 Ccom, según el cual, «si no se hubiere estipulado el plazo para la entrega de las mercaderías, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato».

⁴⁹¹ Señala BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 72, que la diferencia entre la compraventa regulada por el Código de comercio y la regulada por el Código civil «radica fundamentalmente en el diverso contenido o régimen jurídico de tales obligaciones, por *la mayor rapidez y el mayor rigor que caracteriza a las compraventas mercantiles, frente al ritmo o tempo más lento propio de las civiles*». La cursiva es añadida. Ya en el Real Decreto de 13 de junio de 1834, por el que se nombra la primera de las siete comisiones de reforma del Código de 1829, se invoca –con carácter general– la celeridad como una de las *diferencias* notables de las normas que regulan las operaciones mercantiles frente a las leyes civiles. Cfr. MOTOS GUIRAO / BLANCO CAMPAÑA, 1991, p. 17.

El precepto presenta una letra ambivalente, pues de la misma cabría deducir tanto que la entrega y la puesta a disposición son conceptos equivalentes como lo contrario. Mucho más claro es su antecedente, el art. 372 Ccom de 1829, el cual añadía un segundo párrafo en el siguiente sentido: «el comprador gozará del término de diez días para pagar el precio de los géneros; pero no podrá exigir la entrega de estos sin dar al vendedor el precio en el acto de hacersela».

La lectura conjunta de ambos párrafos avala que la entrega y la puesta a disposición son nociones diferentes, aunque estrechamente vinculadas. A falta de pacto o uso del comercio, el régimen dispositivo del Código de comercio establece que el vendedor debe poner las mercancías a disposición del comprador pasadas veinticuatro horas desde la celebración del contrato; puesta a disposición que no está sujeta a ningún condicionamiento –ni siquiera al pago del precio– y que se configura como un acto anterior a la entrega de las mercancías propiamente dicha. En efecto, el comprador tiene diez días para pagar el precio; pago del que sí depende que el vendedor realice la entrega de las cosas ya puestas a disposición del comprador, es decir, que le permita recogerlas, dado que ambas contraprestaciones son de cumplimiento simultáneo en virtud del nexo de reciprocidad que las une.

El hecho de que el art. 337 Ccom de 1885 prescinda del art. 372.2 Ccom de 1829, no debe movernos a pensar que el legislador pretende equiparar entrega y puesta a disposición ni tampoco se debe a ninguna variación de fondo en el sistema. Quizá el legislador lo consideró innecesario a la vista del art. 62 Ccom, según el cual, «las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas [...]». Del mismo modo, la ejecución simultánea de ambas prestaciones se recoge en el art. 1466 Cc: «el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha

pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago»⁴⁹².

Por lo tanto, contamos con apoyo legal suficiente para seguir manteniendo las consideraciones que se sustraen al contrastar el art. 337 Ccom de 1885 y el hoy inexistente art. 372.2 Ccom de 1829: el vendedor debe poner las mercancías a disposición del comprador transcurridas veinticuatro horas desde celebración del contrato y el comprador puede pagar y tomar las mercancías, realizándose la entrega, durante los diez días siguientes; períodos de tiempo que no son propiamente ni términos ni plazos de cumplimiento, sino que constituyen la concreción y moderación de la exigibilidad inmediata que sanciona el art. 1113.1 Cc⁴⁹³. Bien es cierto que la buena fe no permite, en todo caso, entender la exigibilidad «desde luego» del art. 1113.1 Cc⁴⁹⁴ en términos tan inflexibles que amparen súbitas peticiones de cumplimiento tras la conclusión del contrato⁴⁹⁵; pero el Código de comercio, en su afán por precisar con exactitud los derechos y obligaciones de las contrapartes, asegurar la celeridad en la ejecución de la compraventa y evitar dilaciones, no ha querido dejar al concepto jurídico indeterminado de la buena fe lo que él ha podido

⁴⁹² En esencia, sigo los razonamientos que expone ALCOVER GARAU, 1991, pp.147-151.

⁴⁹³ En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, 1967, pp. 360-361, y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1990, p. 320, realizan una lectura conjunta de los arts. 1113 Cc y 62 Ccom. Siguiendo a este último autor, ALCOVER GARAU, 1991, p. 148, considera que los lapsos temporales de veinticuatro horas y diez días constituyen el tiempo de exigibilidad de las respectivas obligaciones. Recientemente, CARRASCO PERERA, 2017, p. 851, critica que el art. 1113 Cc, con escasa penetración en la realidad, dé por supuesto que en las obligaciones puras, sin condición ni término, la exigibilidad coincida con el mismo momento de constitución de la obligación, mientras que el art. 62 Ccom ofrece una regla más pragmática.

⁴⁹⁴ El art. 1113 Cc dispone que «será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren».

⁴⁹⁵ Señala Díez-PICAZO, 2008a, p. 372, que: «las obligaciones a las cuales no se ha señalado un plazo, son exigibles inmediatamente, dice el art. 1113 CC. Los imperativos de la buena fe permiten entender, sin embargo, que el deudor debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación, cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o de las circunstancias se desprenda que un lapso aunque sea mínimo es necesario. Cabe también la posibilidad de que, aun no habiéndose estipulado un plazo para el pago, dicho plazo se encuentre implícito en la voluntad de las partes y en la naturaleza del negocio».

fijar aludiendo a dos lapsos de tiempo tasados. Otra cosa es que estos se consideren adecuados o que deberían ser más o menos largos, pero esta es una cuestión sobre la que no es necesario entrar aquí. Del mismo modo, con esta estructura se suavizan el rigor y la rigidez con los que acaso se formula la simultaneidad en el art. 1466 Cc. El vendedor no puede permanecer impasible y paralizado hasta el instante en que se presente el comprador; ya antes ha de dirigirse a cumplir⁴⁹⁶. La simultaneidad sigue presente en ese proceso más o menos largo en el que las partes realizan diferentes actuaciones dirigidas al intercambio de las contraprestaciones, aunque aquellas actuaciones, e incluso este intercambio, no guarden la más estricta instantaneidad⁴⁹⁷.

Pues bien, a esa puesta a disposición, distinta de la entrega, sujeta el art. 333 Ccom la distribución del riesgo entre comprador y vendedor en los mismos términos que su antecedente, el art. 366 Ccom de 1829. Aunque ya se hayan transcrito ambos preceptos unas páginas más arriba, no está demás volver a reproducirlos aquí:

Art. 333 Ccom de 1885:

«Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempos convenidos, serán de cuenta del comprador,

Art. 366 Ccom de 1829:

«Los daños y menoscabos que sobrevinieren en las cosas vendidas después de haberse concluido irrevocablemente la venta en forma legal, y de tenerlas el vendedor a disposición del comprador hasta hacerle la

⁴⁹⁶ Como dice GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, p. 335, «al vendedor incumbe dar principio á la ejecución del contrato, pues en tanto que él no pone la cosa á disposición del comprador, no empieza para este, por regla general, la obligación de entregar el precio».

⁴⁹⁷ SCÆVOLA, 1970b, p. 50: «el principio de simultaneidad es el que impera en el 1466, mas sin que por ello se entienda que la simultaneidad ha de ser instantánea, porque, a más de que la desconfianza no rige todas las acciones humanas, el acto de la consumación de la compraventa se desenvuelve en un proceso más o menos largo, según la índole y condiciones de la cosa vendida, durante todo cuyo proceso existe la simultaneidad, sin que la quebrante la mera circunstancia de no guardarse la momentaneidad recíproca, dándose, v. gr., las partes la cosa antes que el precio, o el precio antes que la cosa». La cursiva es del autor.

excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor». entrega en lugar y tiempo en que por las condiciones del contrato o con arreglo a derecho se debiere verificar, son de cuenta del comprador, a menos que hayan ocurrido por fraude o negligencia del mismo vendedor».

Se observará que en el art. 366 Ccom de 1829 se encuentran más datos que respaldan la diferenciación entre la puesta a disposición y la entrega. En efecto, dispone el precepto que el riesgo corresponde al comprador después de «tener [las mercancías] el vendedor a disposición del comprador *hasta* hacerle la entrega»; y esa referencia «hasta la entrega» no hace más que incidir en esa separación de la puesta a disposición como momento de transmisión del riesgo al comprador antes del cumplimiento de la obligación de entrega.

El art. 333 Ccom de 1885 no reproduce esa mención a la entrega por entender –quizá– que era superflua; aunque, a la vista de la discusión que circunda el concepto de la puesta a disposición⁴⁹⁸, toda aclaración suplementaria habría sido bienvenida. En cualquier caso, no creo que se pueda ver en esa expresión del art. 366 Ccom de 1829 apoyo alguno para sostener que el Código de comercio acoge el principio de la entrega o tradición, tal y como propone ALONSO PÉREZ.

Según este autor, la dicción literal del precepto es reflejo de la necesaria aceptación por parte del comprador de la disponibilidad que le brindaba el vendedor («*hasta* hacerle la entrega...»). Pero, una vez que el art. 333 Ccom de 1885 abrevia su precedente para dar paso –según el autor– a la tradición espiritualizada por ministerio de la Ley, la fórmula del precepto ya no es completa en sí misma y debe ponerse en conexión con el art. 339 Ccom; el cual, al exigir que el comprador se dé por satisfecho con esa puesta a disposición, no haría otra cosa

⁴⁹⁸ Vid. Capítulo 1, III, 3.

que reclamar el recibo de la cosa vendida para que se le pueda atribuir el riesgo⁴⁹⁹.

Yo no estoy de acuerdo con este planteamiento. Por un lado, por mucho que no se pueda descartar el impacto del Código de comercio en el fenómeno de la transmisión de la propiedad y la posible coincidencia del momento de esta transmisión con la del riesgo («puesta a disposición»), ni son cuestiones mutuamente dependientes ni se aprecia en los trabajos preparatorios del Ccom de 1885 ningún indicio de que el legislador haya introducido alguna modificación de fondo en ese sentido que lo separe del régimen del Ccom de 1829. Como indiqué más arriba, la interpretación que el autor ofrece pretende acomodar en la letra del art. 333 Ccom una solución a la cuestión del riesgo en las compraventas de plaza a plaza; modalidad de contrato ajena al sistema del riesgo codificado. Por otro lado, la enigmática expresión «darse por satisfecho» del art. 339 Ccom no es un condicionamiento para atribuir el riesgo al comprador, sino un requisito para poder exigir el precio. Y lo que acabo de afirmar, veremos más adelante, no es contradictorio.

Pero antes, conviene profundizar en el significado de la puesta a disposición como criterio general para distribuir el riesgo entre el comprador y vendedor.

Un buen punto de partida, lo ofrece MENÉNDEZ quien, a contracorriente, defiende los orígenes romanos de la puesta a disposición. Haciéndose eco de la teoría de SECKEL/LEVY⁵⁰⁰, considera el autor que ya el art. 366 Ccom de 1829 y el actual art. 333 Ccom condensan en una frase todos aquellos requisitos que, para la atribución del riesgo al comprador, nuestra legislación histórica establecía de forma desordenada.

⁴⁹⁹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 439-442. En el apartado siguiente, explico de forma más pormenorizada cómo interpreta el autor el art. 333 Ccom.

⁵⁰⁰ La cual distingue de la *emptio contracta* la *emptio perfecta* como aquel estadio en que el vendedor ha dispuesto lo necesario para que la venta se pueda consumir teniendo la cosa a disposición del comprador. *Vid.* Capítulo 1, II, 3, A).

Reconoce el autor que el contenido de la regla *res perit emptori* no ha permanecido inalterada a lo largo de la historia. No obstante, desde el *quid quale quantum et pretium* de D. 18, 6, 8 pr. y los distintos pasajes conexos del *Corpus Iuris*, pasando por las no pocas previsiones contenidas en las Partidas sobre la cuestión del riesgo de la contraprestación, la esencia de los principios y la tradición romanista acaban desembocando –opina el autor– en el art. 333 Ccom vigente a través de la puesta a disposición.

MENÉNDEZ admite que es difícil definir este concepto; complicación todavía más comprensible en cuanto el autor, erróneamente a mi entender, pretende aplicar la puesta a disposición como mecanismo de distribución del riesgo en las compraventas de plaza a plaza cuando yo creo que se trata de un concepto propio de las compraventas con entrega directa y en plaza. En cualquier caso, y ciñéndonos a este último supuesto de hecho, el autor realiza valiosas aportaciones.

Dado que la compraventa regulada en el Código de comercio tiene *normalmente* por objeto cosas genéricas⁵⁰¹, señala, en primer lugar, que es necesaria la individualización del objeto vendido; individualización que se alcanza ya pesando, contando o midiendo, ya separando del género las cosas objeto de la venta. En segundo lugar, se requiere la identificación o aplicación del objeto determinado, por ejemplo, mediante marcas y señales. Y con base en tales consideraciones que sustrae del art. 334.1.º Cc⁵⁰², estima el autor que la puesta a disposición es «un momento intermedio entre la perfección del contrato⁵⁰³ y la entrega de la cosa»; instante que, colmado con la individualización e identificación de la cosa vendida, representa el

⁵⁰¹ *Vid.* Capítulo 3, II.

⁵⁰² Dispone el art. 334.1.º Cc lo que sigue: «Los daños y menoscabos que sufran las mercaderías, aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en los siguientes casos: 1.º Si la venta se hubiere hecho por número, peso o medida, o la cosa vendida no fuere cierta y determinada, con marcas y señales que la identifiquen».

⁵⁰³ Se infiere del discurso del autor que el término «perfección» alude a la conclusión o celebración del contrato.

«estado terminal de [...] la actividad que le corresponde al vendedor en la entrega»⁵⁰⁴.

Sin embargo, de esta última afirmación no se puede colegir la identificación entre puesta a disposición y entrega. Para MENÉNDEZ, ello carece de rigor técnico y cree que el art. 366 Ccom de 1829 «no deja lugar a dudas acerca de la distinción entre entrega y puesta a disposición» con la expresión de tener las cosas vendidas «a disposición del comprador, *hasta* hacerle la entrega»; «frase feliz del legislador de 1829, en la que recoge en forma radical y sencilla la diferencia de ambos conceptos»⁵⁰⁵.

Sigue las enseñanzas del anterior autor ALCOVER GARAU. Atento a la comparación entre los arts. 333, 337 y 62 Ccom de 1885 y los arts. 366 y 372 Ccom de 1829, considera que nuestro legislador contrapone nítidamente la situación de tener a disposición y la de la entrega. El vendedor –dice este último autor– debe tener las mercancías a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la conclusión del contrato, lo cual determina la transmisión del riesgo al comprador, y este puede pagar las mercancías a la vez que las retira, consumando así la entrega, durante los diez días siguientes al contrato.

La razón de este esquema –apunta– estriba en posibilitar al comprador que pueda «organizar la extracción» de las mercancías. Se configura así un «*free time*» en su favor que también le puede ser útil para intentar ya una reventa; pues el autor destaca el carácter especulativo que impregna el tráfico *ex art* 325 Ccom⁵⁰⁶. Como decía más arriba, por esta razón quizás no haya inconveniente en considerar que la

⁵⁰⁴ MENÉNDEZ, 1951, pp. 242-248.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 244. Afirma el autor que el art. 366 Ccom 1829 presenta un «obstáculo insuperable» a la supuesta influencia del principio germánico en la regulación del riesgo y, en cambio, es un «sólido argumento» para defender que el actual art. 333 Ccom sigue la estela romana.

⁵⁰⁶ El art. 325 Ccom señala que «será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas [...] con ánimo de lucrarse [...]».

puesta a disposición del art. 333 Ccom puede considerarse un modo de *traditio*.

ALCOVER GARAU concluye que el tener la cosa a disposición del comprador implica que el vendedor «la mantenga en situación tal que el comprador pueda retirarla en cualquier momento» posterior a las veinticuatro horas; solución que considera análoga a la que se extrae de la figura de la *emptio perfecta* romana⁵⁰⁷.

En esencia, se trata de la misma descripción que ROCA SASTRE realiza del art. 1452 Cc. Este último autor –recordemos brevemente– supedita la atribución del riesgo al comprador a que la ejecución de la compraventa se halle expedita por parte del vendedor, de forma que la entrega de la cosa, dispuesta ya para tal fin, sólo dependa de la iniciativa del comprador. Por esta razón, hila al instante el art. 1452 Cc y el art. 333 Ccom y no ve ningún impedimento para sostener que ambos preceptos responden a una misma regla, la puesta a disposición, de precedentes romanos: la *emptio perfecta*⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 148-151. Nótese que, para el autor, *tener* a disposición, como momento de atribución del riesgo al comprador, no es una expresión sinónima a *poner* a disposición. En su opinión, tener a disposición del comprador las mercancías es una situación que el vendedor mantiene unilateralmente mientras que la puesta a disposición implica el concurso del comprador; que éste se presente en el lugar de entrega. Dice que el Código de comercio distingue ambas situaciones; de ahí que «utilice la expresión de tener a disposición cuando contempla de forma exclusiva la actuación y situación del vendedor en orden a la entrega de la cosa (arts. 333 y 337), mientras que emplee la de poner a disposición cuando se refiere también a la actuación del comprador en la entrega (art. 339) o a ésta en su conjunto (art. 338)» (pp. 153-154). En mi opinión, la diferenciación es demasiado puntillosa. Es cierto que algunos preceptos, como el art. 333 Ccom al tratar del riesgo, hablan de tener y otros de poner a disposición; pero creo que son giros gramaticales a los que no se le deben conceder mayo importancia. Como dice MENÉNDEZ, 1951, p. 245, este matiz no es «motivo suficiente para construir un nuevo concepto distinto de la noción “puesta a disposición”». Aunque –añade este autor– cuando el art. 333 Ccom habla de *tener* y no *poner* a disposición, parece querer subrayar «la especial naturaleza de la puesta a disposición como un hecho que surge de la sola voluntad del vendedor en el sentido de que, “teniendo los efectos a disposición del comprador”, como dice el precepto, se libera, sin más, de la carga del riesgo». Por mi parte, considero que este no es el momento para valorar si la puesta a disposición es una actividad exclusiva del vendedor o si precisa la intervención del comprador. Se trata de una cuestión controvertida que abordaré al tratar la compraventa genérica. *Vid.* Capítulo 3, II, 2, C).

⁵⁰⁸ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, A).

Esto es precisamente lo que debemos preguntarnos: qué impedimentos puede haber para que reconozcamos que los arts. 1452 Cc y 333 Ccom son equivalentes en el contenido, aunque diferentes en la forma.

B) Extrapolación de la puesta a disposición al art. 1452 Cc

Hemos visto que en dos de las tres teorías que tratan de explicar el art. 1452 Cc⁵⁰⁹, en realidad se llega muy a menudo al mismo resultado: o bien afirmando que el precepto sanciona la atribución del riesgo al comprador desde la conclusión de la contrato salvo una serie de excepciones, o bien requiriendo la exigibilidad de las obligaciones o apelando a la «total realizabilidad» del contrato para dicha atribución, ambas teorías concuerdan que, si la cosa es determinada en el momento de la celebración de la compraventa pura y simple, el riesgo corresponde *automáticamente* al comprador a partir de ese instante; desde su *perfección* en términos de los arts. 1258 y 1450 Cc⁵¹⁰ por mucho que parte de la doctrina sea consciente de que la perfección a efectos de la transmisión del riesgo es *algo más* que la mera conclusión del contrato. Pero, como hemos visto, la voz común entre los analistas de las fuentes, los tratadistas de la época precodificadora y los intérpretes del art. 1452 Cc que reconocen la complejidad del término perfección es que, en caso de compraventa de cosa determinada, el contrato es perfecto en el sentido de concluido y vinculante y que, *en el mismo momento*, es perfecto a efectos de la transmisión del riesgo. POTHIER se encarga de apuntalar aquello de lo que no se logra desprender el art. 1452 Cc: que el dato relevante para la transmisión del riesgo es que la cosa sea determinada⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Dejo de lado los planteamientos de quienes interpretan el art. 1452 Cc en el sentido de que el riesgo corresponde al vendedor hasta la entrega. Tal y como expliqué, creo que se alejan del espíritu de la ley. No obstante, plantean cuestiones que tendré en cuenta al realizar un análisis prospectivo de la clásica cuestión del riesgo en la compraventa.

⁵¹⁰ Ya he explicado que la teoría del «llamamiento a la adquisición» de ALONSO PÉREZ trasciende en realidad al escenario clásico de la transmisión del riesgo. Es una fórmula con la que se acaba tutelando el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad libre de derechos de terceros. *Vid.* Capítulo 1, II, 3, D).

⁵¹¹ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, A).

En mi opinión, la cuestión puede adoptar un cariz más razonable al observarla desde otra perspectiva. Si lo que buscamos es inducir la regla general sobre el riesgo que subyace a los tres casos particulares que describe el art. 1452 Cc, en vez de ver esa regla en el art. 1452.1 Cc y extrapolarla a los restantes supuestos, creo que debemos buscarla en el art. 1452.3 Cc. Formalmente, el precepto nos mueve a hacer justamente lo contrario a lo que propongo porque la técnica de la codificación ha alzado la compraventa de cosa determinada como el supuesto de hecho base para la regulación de este contrato. Pero lo cierto es que, al invertir el orden de estudio de los párrafos, no hacemos otra cosa que recordar de dónde provienen estas disposiciones; para qué realidad estaban pensadas.

Si nos fijamos bien, todo análisis del art. 1452 Cc presta particular atención a su párrafo tercero; protagonismo que no es casual. Autorizadas voces apuntan que la doctrina del riesgo de la contraprestación surge, en la compraventa, con el comercio de *res quae pondere, numero mensurave constant*; supuestos en los que es necesario especificar las mercancías, quizás degustarlas, y organizar su transporte.

Como recordaremos, parte de la doctrina señala que la doctrina del riesgo en el contrato de compraventa surge en un contexto desarrollado, por razones de oportunidad comercial, en el seno de la compraventa consensual y obligatoria⁵¹². Dejando de lado las indagaciones que se adentran en la cuestión no resuelta sobre origen jurídico de este contrato, sí se destaca que la compraventa tiene como característica especial su naturaleza comercial⁵¹³, pues responde a una serie de circunstancias (aplazamiento del precio, cosa no presente, ausencia de una de las partes contratantes, etc.) que exigen la espiritualización de las relaciones en el tráfico⁵¹⁴. En palabras de

⁵¹² *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

⁵¹³ SCIALOJA, 1907, p. 41.

⁵¹⁴ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 157.

D'ORS, «es el contrato mercantil por excelencia»⁵¹⁵ cuyo objeto es, en un principio cosas venales (mercancías); particularmente cosas fungibles aunque de género limitado, como el vino de una cosecha, y también cosas futuras cuya fabricación se encarga al vendedor, como la vasija que hará el alfarero, o que aquél espera obtener, como la cosecha no producida⁵¹⁶. Y precisamente, la comercialización de estas cosas se baraja por la doctrina como la más probable causa detonadora de la doctrina del riesgo.

En opinión de DE VISSCHER, la aplicación de una regla sobre el *periculum rei venditae* responde a la compraventa de cosas futuras, la cual exige una forma más libre que la precisa unidad de tiempo impuesta por los actos de transmisión real⁵¹⁷.

Por su parte, ALONSO PÉREZ dirige sus especulaciones hacia el comercio de vinos, desarrollando así las enseñanzas de Fuenteseca en cuya opinión la doctrina del riesgo adquiere especial relevancia respecto de la venta de *res quae pondere, numero mensurave constant*. El autor salmantino sostiene que la doctrina del riesgo adquiere especial relevancia en el comercio de vinos porque se trata de una mercancía objeto de un intenso comercio en Roma y que perece fácilmente. Del mismo modo, incide en que su tráfico, normalmente a gran escala, dificulta que el nacimiento del contrato coincida con la entrega de la mercancía; sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de especificar el género, o la realización de otras actuaciones como su

⁵¹⁵ Por ello, explica PEROZZI, 1928b, p. 269, la jurisprudencia separa la *mancipatio* y la *traditio* del acuerdo sobre el intercambio de la cosa y el precio, el cual anteriormente subyacía al propio intercambio y ahora tiene entidad para vincular jurídicamente a las partes. Este negocio conserva el nombre de compraventa; denominación que era común a las dos anteriores categorías de actos de transmisión reales y que ahora evidencia la progresiva tendencia a equiparar las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*. Ambos tipos de cosas pueden ser objeto de la compraventa obligatoria, si bien su distinción permanece respecto al acto requerido para transmitir su propiedad. D'ORS, 2004, p. 579, apunta que en un comienzo el objeto propio de este contrato no lo constituye cosas de propiedad estables (*res Mancipi*), sino que es en un momento posterior cuando se acaba extendiendo a las mismas.

⁵¹⁶ D'ORS, 2004, p. 579. Apunta FERNANDEZ DE BUJAN, 2007, p. 252: «La compraventa romana, en gran medida, lo fue de cosas genéricas».

⁵¹⁷ DE VISSCHER, 1914, p. 41.

degustación o transporte⁵¹⁸. En su opinión, buena prueba de ello es «el contenido del título 6, Libro 18 del Digesto, que bajo el epígrafe: *de periculo et commodo rei venditae*, regula con toda minuciosidad y casuismo el problema de los riesgos en la venta de vinos. Más de la mitad del título se dedica a este problema (...); regulación que se aplica «simultánea o sucesivamente a otras cosas que [pueden] ser objeto de un comercio menos intenso, o que [están] menos afectadas por la amenaza del riesgo»⁵¹⁹.

Los vestigios más pretéritos del art. 1452 Cc y una comparativa entre el párrafo tercero del precepto con la regulación de la *compraventa comercial* del Código de comercio de 1885 nos animan a repensar el escenario para el cual la doctrina de la transmisión del riesgo está –o estaba– en realidad pensada.

El problema es que, o bien presentando el art. 1452.3 Cc como una excepción al apartado primero del precepto, o bien exigiendo la individualización del género como paso necesario para que la entrega sea efectivamente exigible, los distintos análisis de este párrafo refuerzan esa idea de que la mera individualización de la cosa es, sin más matices aparentes, suficiente para atribuir el riesgo al comprador desde la celebración del contrato; idea que aparecería recogida en el art. 1452.1 Cc respecto a la compraventa pura de cosa determinada.

Sin embargo, en el ámbito del art. 1452.3 Cc hay otro factor más a tener en cuenta. Estudiaré en su momento la cuestión con mayor detenimiento; pero, en lo que atañe a la trascendencia que la individualización de la cosa pueda tener con relación a los riesgos tanto de la prestación como de la contraprestación, existe cierto debate sobre si las operaciones de especificación deben realizarse

⁵¹⁸ En este sentido, ARANGIO-RUIZ, 1989, p. 342, recuerda que Collinet expuso en una reunión privada que la regla sobre el *periculum* nace para evitar al comerciante vendedor los riesgos del naufragio en la navegación.

⁵¹⁹ Cfr. ALONSO PÉREZ, 1972, pp.162-166, así como la bibliografía sobre el comercio de vinos que cita o los sucintos ejemplos de las fuentes romanas que expone como otros casos, distintos a la compraventa de vinos, en los que se aplica la doctrina del riesgo.

conjuntamente por el vendedor y el comprador o si es posible que el vendedor las realice unilateralmente pero notificándoselo al comprador. Sea como fuere, ya daré mi opinión al respecto⁵²⁰, en uno y otro caso es manifiesta la importancia de que el comprador conozca la determinación de la cosa porque, aunque la siguiente afirmación pueda parecer una obviedad, las operaciones de especificación no están encaminadas sin más a especificar; su virtualidad radica en posibilitar que las obligaciones contractuales se cumplan: que el comprador tome la cosa para que la entrega se realice y, a la vez, pague el precio acordado⁵²¹. De ahí la necesidad de que el comprador *conozca* la separación de la cosa; que *sepa* que la cosa *está a su disposición* para que se la lleve.

En ese contexto en que conclusión y ejecución del contrato de compraventa se separan por las innumerables razones que cabría imaginar, la no realización de la entrega de la cosa una vez especificada posiblemente se debe, en la antiquísima compraventa de *res quae pondere, numero mensurave constant* que ha llegado hasta nuestro Código civil, a esa necesidad que tiene el comprador de organizar la extracción y el transporte de las mercancías; mientras tanto, el vendedor no puede hacer más que *esperar* con las cosas *dispuestas* para que la entrega tenga lugar. Y esta necesidad –como hemos visto– ha sido plasmada con una claridad mayor, aunque no óptima, alrededor del concepto de la *puesta a disposición* del art. 333 Ccom.

Así, hilamos enseguida las previsiones sobre el riesgo del Código civil y el Código de comercio porque, en realidad, tienen el mismo origen; han llegado a nosotros, con diferencias que son más aparentes que de fondo, desde la compraventa romana de *res quae pondere, numero mensurave constant*.

⁵²⁰ Vid. Capítulo 3, II, 2, C).

⁵²¹ Creo que esta idea aparece reflejada en las palabras de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 320, cuando afirma que «la individualización está destinada a otorgar *eficacia práctica* al acuerdo de las partes». La cursiva es añadida.

Opino que están en lo cierto quienes ven en el trasfondo de los arts. 1452 Cc y 333 Ccom los coletazos de esa *emptio perfecta* romana; la cual ha tenido y tiene su representación paradigmática en la compraventa –dicho *grosso modo*– de géneros. Y la idea de la puesta a disposición, que fugazmente aparece entre quienes comentan el art. 1452 Cc y que expresamente menciona el art. 333 Ccom, es su reflejo.

Si algo queda hoy en día de la *emptio perfecta* romana, creo que ello ha cristalizado en el concepto de la puesta a disposición del art. 333 Ccom debido a esa tenacidad del legislador mercantil por articular de forma rigurosa la ejecución de la compraventa y, en particular, desagranar el puzzle de la entrega. Y el hecho de que el art. 1452.3 Cc no haga alusión a este concepto, no empece que se lo apliquemos. Es más, veremos cómo la doctrina recurre constantemente a él cuando se plantea la posibilidad de que la especificación de las mercancías se haga sin la colaboración del comprador⁵²².

Del mismo modo, remarquemos que la ley mercantil reserva el concepto de perfección, al que también se refiere el art. 333 Ccom junto a la puesta a disposición, para aludir al contrato válidamente celebrado y obligatorio en la acepción de los arts. 1258 y 1450 Cc; sentido que hoy en día se atribuye de forma unánime a la perfección con la fisura representada por el vestigio de la *emptio perfecta* a efectos de los riesgos. Se finaliza así, de forma sencilla, con el tradicional confusionismo generado por el significado polisémico que dicho término presenta en la regulación de la compraventa.

Siguiendo a ROCA SASTRE, MENÉNDEZ y ALCOVER GARAU, concluyo que la puesta a disposición, como momento de distribución del riesgo entre el vendedor y el comprador, requiere la concurrencia de cuatro requisitos: en primer lugar, la especificación de la cosa, en segundo lugar, la adscripción de dicha cosa al contrato de compraventa en cuestión, en tercer lugar, que el vendedor esté listo para entregarla y que se mantenga en un estado de potencial presteza a entregar en

⁵²² Vid. Capítulo 3, II, 2, B) y C).

cualquier momento y, por último, que el comprador sea conocedor de tal situación de forma tempestiva y no sorpresiva. La puesta a disposición es el preludio de la entrega; una llamada, ofrecimiento o indicación al comprador de que el vendedor puede entregar aquí y ahora. Y esta descripción –insisto– vale tanto para el Código civil como para el Código de comercio pues el art. 1452.3 Cc y los arts. 333 y 334.1.º Ccom regulan la misma realidad comercial; una realidad, más o menos compleja, que dilata los tiempos que transcurren desde la conclusión hasta la ejecución de la compraventa con el intercambio de las contraprestaciones.

Posiblemente se critique que recurra a la *emptio perfecta* romana para explicar el origen común de las disposiciones del Código civil y el Código de comercio cuando los perfiles de dicho expediente son todavía discutidos. Pues bien, ni pretendo ahondar más allá de lo expuesto en su momento sobre el significado de la *emptio perfecta* –materia que debe quedar reservada a los especialistas– ni afirmar que sea exactamente equivalente a la puesta a disposición. Sin embargo, creo que la alusión a la misma es oportuna porque esa compraventa perfecta distinta a la compraventa celebrada está presente en el Derecho histórico, como veremos, en el *Code français*⁵²³ y en los análisis del Código civil y del Código de comercio; estudios que, en muchas ocasiones, comparte una misma terminología y plantean el mismo problema en torno a la compraventa de géneros. De esta forma, abrimos el camino para estudiar las previsiones de ambos Códigos conjuntamente; sopesando y analizando si las supuestas diferencias y especialidades que se han querido ver tienen razón de ser.

Establecida la conexión entre las previsiones del Código civil y Código de comercio a través del art. 1452.3 Cc y el concepto de la puesta a disposición, podemos introducir en la exposición el análisis de los párrafos primero y segundo del precepto y retomar la pregunta que planteaba unas líneas más arriba: qué obstáculos puede haber para extrapolar a los dos primeros párrafos del art. 1452 Cc las

⁵²³ Capítulo 2, II.

consideraciones que se obtienen al enlazar el art. 1452.3 Cc con las disposiciones sobre el riesgo del Código de comercio.

Afirmar que el riesgo corresponde al comprador desde la conclusión del contrato de compraventa pura y simple de cosa determinada, sin añadir ningún tipo de matiz, se me antoja excesivo. Y esta apreciación no deriva de un ánimo por forzar la letra de la ley para proponer a continuación una interpretación que haga decir al art. 1452.1 Cc lo que no dice, sino del hecho de que, si aceptamos la anterior proposición, al vendedor del art. 1452.1 Cc se le exige menos que al vendedor de los art. 1452.3 Cc y 333 Ccom para atribuir el riesgo al comprador; se le da un trato de favor al que no encuentro justificación alguna.

En esa intención de casar los tres apartados del art. 1452 Cc, no podemos perder de vista todas las notas que rodean al caso recogido en el art. 1452.3 Cc porque la compraventa de *res quae pondere numero mensurave constant* es la que ve nacer el riesgo; la que nos informa de todos los requisitos que se exigen para atribuir el riesgo al comprador en la compraventa con entrega directa y de ejecución en plaza. La huella de la *emptio perfecta* romana, plasmada en la puesta a disposición del art. 333 Ccom, llega a nuestro Código civil a través del art. 1452.3 Cc y, quizás, *no tanto por la perfección a la que alude el art. 1452.1 Cc*.

Como ya he dicho anteriormente, no dudo que, con el término perfección en este apartado, el legislador de 1889 está pensando en el momento de la conclusión del contrato de compraventa de cosa determinada. Y lo mismo se puede decir del art. 1468.1 Cc cuando señala que el vendedor «deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba *al perfeccionarse el contrato*»⁵²⁴. La doctrina entiende que este último precepto presupone que la compraventa recae sobre cosas específicas y determinadas⁵²⁵, sean muebles o inmuebles,

⁵²⁴ Cursiva añadida.

⁵²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 10379.

de ahí la importancia de proceder a la especificación de las cosas genéricas⁵²⁶. Pero no es la especificación lo único relevante. La disciplina de la transmisión del riesgo nos enseña que el momento relevante para analizar la responsabilidad *lato sensu* del vendedor es el de la transmisión del riesgo al comprador; planteamiento no solo importante para la cuestión de la pérdida y deterioros fortuitos sino que posiblemente debería informar las previsiones del saneamiento por mucho que de sus preceptos reguladores se intuya que fijan como momento decisivo para el saneamiento la conclusión del contrato⁵²⁷. Ya lo dice para el Derecho francés BOUCARD⁵²⁸, aunque el art. 1614.1 *Code* –parejo al art. 1468.1 Cc– apele al momento de la conclusión de la compraventa⁵²⁹, así se entiende con relación a la *satisfactory quality* y la *fitness for purpose* de los bienes objeto del contrato a la que alude la sub-s. 14(2) y (3) SGA en el Derecho inglés⁵³⁰ y la CVCIM hereda este proceder, de forma innecesaria como trataré de explicar, respecto a la conformidad de las mercaderías en el art. 36 del texto convencional⁵³¹.

En sede de compraventa, el momento relevante para la transmisión del riesgo no es la mera conclusión del contrato ni el carácter específico del objeto del contrato. Lo relevante es la *perfección* del contrato; la puesta a disposición de la cosa. Es preciso adaptar los preceptos que,

⁵²⁶ GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 226-229.

⁵²⁷ *Vid.* para el saneamiento por evicción el art. 1475 Cc («un derecho anterior a la compra»). Para el saneamiento por defectos y gravámenes ocultos, *vid.* el art. 1488 Cc («si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta»).

⁵²⁸ BOUCARD, 2020, p. 419, señala que, tradicionalmente, el vendedor responde de los defectos (*eviction et charges*) preexistentes a la transmisión del riesgo y los posteriores que le sean imputables: «*Ce que la Cour de cassation et la plupart des auteurs disent autrement, en exigeant un défaut antérieur à la vente, parce qu'ils raisonnent, par ellipse, sur l'hypothèse d'un transfert instantané et simultané de la propriété et des risques*».

⁵²⁹ Art. 1614.1 *Code*: «*La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente*».

⁵³⁰ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 592-593; quienes reconocen ciertas dudas sobre el momento relevante al respecto. Pero concluyen que a la vista de la conexión existente entre las obligaciones de la s. 14 SGA y la transmisión del riesgo, parece razonable decir que las mercaderías deben ser de la calidad requerida conforme a dicha sección en el momento de la transmisión del riesgo salvo que haya otras indicaciones al respecto.

⁵³¹ *Vid.* Capítulo 4, III.

en sede de compraventa, reflexionan sobre un modelo de contrato de cosa determinada que puede ser cumplido aquí y ahora.

Por lo tanto, opino que la puesta a disposición debe ser también exigida en los casos de compraventas puras y simples de cosas determinadas. Ello lo sugiere Díez-PICAZO: en vez de realizar una interpretación *a contrario* del art. 1452.3 Cc, «si las cosas se miran despacio, lo razonable sería utilizar el argumento *a pari*: el riesgo sólo se imputa al comprador cuando el vendedor hubiese mostrado su disposición para efectuar la entrega, haciéndolo saber así al comprador»⁵³².

Cuando la doctrina afirma que el art. 1452.1 Cc atribuye el riesgo al comprador desde la perfección = celebración de la compraventa, quizás da por hecho una serie de cosas. Quizás está pensando en los casos más sencillos de contratación en que la conclusión de la compraventa y el intercambio de las contraprestaciones se podrían seguir sin interrupciones; casos en que el vendedor quiere y puede entregar en el acto, tiene la cosa en su posesión material más mediata dispuesta para ello y nada impide al comprador recibir la cosa y pagar el precio. Pues bien, en vez de explicar estos supuestos con base en la tortuosa idea del retraso que ya tuve ocasión de criticar⁵³³, a mi entender los tres apartados del art. 1452 Cc se cohesionan mejor afirmando sencillamente que, en tales casos, la cosa está *a disposición* del comprador; motivo por el cual se le atribuyen los riesgos.

Pero si las cosas se miran despacio, hay que ser conscientes de que, en estos casos, hasta resulta artificioso plantear la cuestión de la

⁵³² Díez-PICAZO, 2010, pp. 115-116. Ya he explicado que el autor realiza una lectura reduccionista del precepto. CASTILLA BAREA, 2001, pp. 386-387, opina que los tres párrafos del precepto responden a la misma idea: que el riesgo corresponde al comprador cuando la cosa es específica. No existe, entiende, diferencias en las consecuencias jurídicas de los preceptos. La autora interpreta que lo dispuesto en art. 1452.3 Cc no es distinto a lo que establecen los dos párrafos anteriores. Como expongo en el texto, la lectura que se debe hacer es otra: acercar los dos primeros párrafos del art. 1452 Cc al tercero; pues este informa del real funcionamiento del expediente de la transmisión del riesgo.

⁵³³ Vid. Capítulo 1, II, 3, B).

transmisión del riesgo porque, si vendedor y comprador se encuentran casi frente a frente dispuestos a cumplir, lo normal es que el cumplimiento se precipite al instante⁵³⁴. Si forzamos un razonamiento en el que queramos meter con calzador la doctrina de la transmisión del riesgo en estos supuestos, comenzaremos a preguntarnos por qué no se entrega y entraremos en esa indeseable espiral sobre el retraso en el cumplimiento que, a su vez, no es retraso/incumplimiento. La doctrina de la transmisión del riesgo, insisto, no nace para atender a estos supuestos, sino en atención a casos en que el proceso de cumplimiento del contrato requiere tiempo.

Cabe imaginar otros escenarios en que, a pesar de contratar sobre una cosa determinada, no es admisible la atribución del riesgo al comprador desde la celebración del contrato en cuanto falta la necesaria puesta a disposición. Se me ocurre distinguir dos casos; uno más sencillo que el otro:

En primer lugar, ya se trate de una contratación entre presentes o a distancia, no es posible atribuir el riesgo al comprador si el vendedor no está en situación de entregar materialmente la cosa por las razones que sea⁵³⁵. En tal caso, será necesario que, con posterioridad a la

⁵³⁴ Ya lo dice PINTÓ RUIZ, 1975, p. 722-723. Después de analizar la diferencia entre *emptio contracta* y *emptio perfecta*, entiende que la regla *periculum est emptoris* tiene un ámbito de aplicación muy reducido. El autor entiende que una compraventa perfecciona (esto es celebrada) es perfecta a efectos de transmitir cuando la entrega es exigible pura, definitiva y firmemente. Dicho esto, el autor reflexiona: «Pero ¡qué pocas compra-ventas pueden ofrecer esta coincidencia, esta superposición cronológica de fases y mantenerse en ella! porque, si nada obsta a la entrega, lo que suele ocurrir es que la cosa se entregue y el comprador la reciba material, instrumental o fictamente y se posea de ella. Y en la inmensa mayoría de los casos, cuando la entrega no se efectúa seguidamente de convenirse la venta, es *porque algo obsta a ello*, lo que permite –siempre al margen de lo puramente conceptual y a la luz de la praxis– afirmar, que en la mayoría de los casos la venta perfeccionada no es perfecta; lo que a su vez permite afirmar que en la mayoría de los casos, celebrada la venta el riesgo es del vendedor, de lo que puede colegirse que el principio “*periculum est emptoris*” más que regla es algo excepcional./ Cuando la venta alcanza el estado de perfecta entonces la consumación se precipita rápidamente, salvo que intervenga actividad dolosa o culposa de alguna de las partes, por cuya razón también, el período de gravitación del riesgo sobre el comprador –en la praxis– es sumamente corto, irrelevante».

⁵³⁵ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

conclusión del contrato, el vendedor comunique al comprador que la cosa está a su disposición para que sea entregada. Es más, es posible que la buena fe (arts. 1258 Cc y 57 Ccom) no permita atribuir el riesgo al comprador desde la comunicación. Las circunstancias del caso pueden exigir que el vendedor *deba*⁵³⁶ notificar al comprador que la cosa estará a su disposición a partir de una fecha determinada y no desde el instante de aviso porque, de lo que se trata, es de que las contraprestaciones se intercambien en efecto.

En segundo lugar, y con particular mención a los casos en que la contratación no es entre presentes, es dudoso que la mera conclusión del contrato, a pesar de que el vendedor esté en condiciones de entregar aquí y ahora, sea en todo caso suficiente para atribuir el riesgo al comprador. En la mayoría de las ocasiones, serán las propias partes las que modulen la situación; pues considero forzado pensar que, una vez que contratan, no digan la más mínima palabra sobre cómo y cuándo intercambiarán sus contraprestaciones. En este sentido, no será infrecuente encontrarnos con que el vendedor haga declaraciones del tipo «venga a recoger la cosa mañana» o «la semana que viene»; afirmaciones que, a mi parecer, no fijan propiamente un término o plazo, sino que concretan la exigibilidad «desde luego» del art. 1113.1 Cc al igual que lo hace art. 337 Ccom con las veinticuatro horas para la puesta a disposición.

Sin embargo, tampoco es descartable que el vendedor se muestre dispuesto a entregar «cuando el comprador quiera»; como si pusiese la cosa a disposición del comprador al momento. En este caso, de nuevo, creo que la buena fe no permite atribuir en todo caso el riesgo al comprador en el instante de la compra. Si con carácter general se considera intempestivo exigir inmediatamente a un deudor el cumplimiento de una obligación en cuanto deviene exigible, con carácter particular se debe considerar extralimitado exigir al

⁵³⁶ Díez-PICAZO, 1964, p. 350, en nota a pie de página, alude a esa faceta de la buena fe como criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplida las obligaciones y que se presenta como una fuente de creación de deberes especiales.

comprador la totalidad del precio si –utilizando el lenguaje tradicional– la cosa se pierde o deteriora con posterioridad a la conclusión del contrato pero en un momento en que, por la distancia espacio-temporal que separa a los contratantes, no existe la más mínima posibilidad real de que el comprador se presente en el establecimiento del vendedor para que se efectúe la entrega. Como decía más arriba, la puesta a disposición debe ser tempestiva y no sorpresiva; aspectos a concretar casuísticamente y que el legislador mercantil ha debido de sopesar al fijar el período de veinticuatro horas en el art. 337 Ccom.

Todo lo dicho debe ser aplicado al art. 1452.2 Cc dado que el precepto se remite a la «regla» del párrafo anterior para «las ventas de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio o sin su consideración a su peso, número o medida». En realidad, nos encontramos ante otra huella de la compraventa de *res quae pondere numero mensurave constant* pero que, esta vez, se vende como una universalidad; modalidad que uno podría pensar que está más relacionada con el art. 1452.3 Cc, aunque el legislador la hile con el art. 1452.1 Cc dado que el conjunto vendido se trata como una cosa específica. Nótese que esta ordenación legal fortalece la idea, que debemos rechazar, de que la mera individualización de la cosa es suficiente para atribuir el riesgo al comprador. Lo explico más adelante con detenimiento⁵³⁷, pero el precepto mantiene el esquema que deviene de antaño; esto es, remitir a la regulación de la compraventa de cosa específica y singular para solucionar la cuestión del riesgo de la compraventa de una universalidad.

En realidad, esta modalidad de compraventa está caracterizada por un elemento de aleatoriedad que asume el comprador respecto a la prestación; razón por la cual su solución para el riesgo se vincula a la de las cosas específicas porque, en este caso, no se va a proceder a la medición, numeración o pesaje de las cosas. Sea como fuere, en la medida en que he optado por generalizar el concepto de la puesta a

⁵³⁷ Vid. Capítulo 3, II, 3.

disposición como momento de la transmisión del riesgo al comprador, creo que así ha de ser también en el caso del art. 1452.2 Cc. El comprador asume, por lo tanto, algo de alea, pero no su totalidad; solución que reconozco problemática porque supone decir que hasta el momento de la puesta a disposición habrá riesgos que asume el comprador y otros que asume el vendedor. Pero la solución opuesta, que sería tanto como acercar esta modalidad de compraventa a una *emptio spei*⁵³⁸, se me antoja excesiva. En el art. 1452.2 Cc el comprador quiere obtener algo; ya sea una mayor o menor cantidad o calidad, pero quiere recibir algo. Hasta que el vendedor ponga las cosas a disposición del comprador, parte del riesgo lo asume aquel.

En fin, quizás se diga que pretendo corregir las consecuencias que sanciona el art. 1452 Cc acercando, en la medida de lo posible, el momento de atribución del riesgo al comprador a la entrega de la cosa.

Por un lado, más que un ánimo por corregir nada, creo hay que desprenderse de esa idea reverberante de que la regla es la aplicación de la pemia *periculum est emptoris* sin atender a mayores consideraciones. Hay que entender que el sistema no busca atribuirle el riesgo al comprador a toda costa, sino que busca el cumplimiento del contrato. Lo contrario es sencillamente ilógico; una inercia en los razonamientos que impregna el pensamiento desde hace mucho y de la que es difícil salir.

Por otro lado, es el inevitable camino a seguir para cohesionar tanto los tres apartados del precepto como el art. 1452 Cc en su conjunto con el art. 333 Ccom y concordantes. No hay nada que exija separarlos y lo razonable me parece acercarlos.

La puesta a disposición está directamente conectada con la vocación de las partes a ejecutar el contrato: a entregar la cosa y pagar el precio. De ahí que tenga que reunir los cuatro requisitos anteriormente enumerados. Es un plus a la mera exigibilidad de la cosa; una

⁵³⁸ Vid. Capítulo 3,VI.

predisposición a que la entrega sea viable en la práctica. Consiste, por lo tanto, en atender a las circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodean a la entrega para considerar en qué momento es razonable que la entrega y el consiguiente pago del precio tengan lugar. A partir de ese momento, el vendedor, dispuesto a entregar y con la cosa dispuesta a ser entregada, espera al comprador con el riesgo a cargo de éste último. Sobresale así la importancia que la cooperación de las contrapartes en la entrega adquiere en materia del riesgo de la contraprestación; cuestión a la que debo atender sucintamente en las siguientes líneas.

C) Cooperación en la entrega

Toda relación obligatoria es un instrumento de cooperación enmarcado por la buena fe⁵³⁹ y estructurado alrededor de una serie de derechos, deberes, libertades y cargas⁵⁴⁰; idea que cabe proyectar en torno a la disciplina de la transmisión del riesgo para seguir comprendiendo su alcance.

La transmisión del riesgo, como sabemos, mira al cumplimiento de la obligación de entrega y a la entrega se refieren los arts. 1462 a 1464 Cc; preceptos que, como se reconoce unánimemente, recogen en realidad algunos tipos de *traditio*⁵⁴¹ que no son solamente aplicables

⁵³⁹ Dice BETTI, 1953 (1969), p. 117, que la buena fe contractual pone a plena luz la idea de cooperación que constituye el fundamento último de las relaciones de obligación. Por su parte, Díez-PICAZO, 1964, p. 350, en nota a pie de página, define la relación obligatoria como «una relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de la otra o al intercambio de dichos bienes servicios mediante una recíproca cooperación»; mientras que la buena fe representa «el ambiente dentro del cual la relación obligatoria debe desenvolverse» (p. 353, también en nota a pie de página).

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 350. Aunque, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 35, considera que esta descripción amplía el concepto de la obligación llenándolo de presupuestos o derivaciones que emanan de la misma pero que no forman su contenido.

⁵⁴¹ Acerca del equívoco concepto de la tradición, con el cual se quiere designar todo mecanismo de adquisición derivativa del dominio, *vid.* Díez-PICAZO, 1966, *passim*. Como apunta el autor (p. 556), el mero hecho de la entrega, es decir, el paso de la cosa de una mano a otra, no es por sí solo un indicio inequívoco de la transmisión dominical. Para que esta

al contrato de compraventa⁵⁴², sino a cualquier negocio que tenga por finalidad la transmisión y adquisición derivativa del dominio. Y aquí comienzan las apreciaciones cimbreadas:

Habrán casos en que entrega y tradición tengan lugar en el mismo instante y en un solo acto mientras que, en otros, es discutible que se pueda hacer equivaler entrega y tradición. En este segundo escenario, habrá casos en que los modos más o menos espiritualizados de tradición, o directamente el acuerdo traslativo⁵⁴³, no exonere al vendedor de realizar la entrega de la misma forma que, en otros casos, a pesar de haberse realizado la entrega, puede seguir estando pendiente la transmisión de la propiedad. Y esa entrega, *en principio*, es aquella que proporciona la posesión real; la que coloca al comprador en la tenencia material o real de la cosa vendida. La idea la recogería el art. 1462.1 Cc al decir que «se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión⁵⁴⁴ del comprador». Pero se insiste que esto es así solo *en principio*, porque no se puede excluir el significado de los distintos supuestos de tradición como cumplimiento efectivo de la obligación de entrega de

transmisión tenga lugar mediante la tradición, se requiere que exista una voluntad concorde de las partes para transmitir y adquirir el dominio, que se produzca un comportamiento traslativo –la entrega–, que exista una justa causa y que el tradente sea un *verus dominus*.

⁵⁴² Un acercamiento a los mismos en GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, pp. 426-427.

⁵⁴³ Señala Díez-PICAZO, 1966, p. 563, que bajo el nombre genérico de *traditio* se han refundido dos tipos de fenómenos traslativos que no tienen nada o casi nada en común, como son el traspaso posesorio, que es la tradición genuina, y los simples acuerdos traslativos. El autor sostiene que el término *traditio* debe ser reservado «para todos aquellos casos en que la transmisión del dominio se opera mediante la creación de un signo exterior de reconocibilidad, que consiste en la toma de posesión por el adquirente. En cambio, todos aquellos otros casos en los cuales la transmisión del dominio ocurre sin que sea necesario aquel traspaso de la posesión, deben ser comprendidos bajo la rúbrica de “acuerdos traslativos”».

⁵⁴⁴ Indica GARCÍA CANTERO, 1991, p. 198, siguiendo a Albaladejo García, que la expresión «poder y posesión», a la vista de los antecedentes históricos, es una redundancia y no puede atribuirse al término «poder» el significado técnico de «propiedad», sino que tan sólo es un refuerzo del concepto «posesión». Como dice este último autor: «Aceptemos nuestro Código tal como es, con sus imprecisiones y sus defectos, y reconozcamos que entre “poder” y “posesión” no establece una radical separación [...] El “poder” tiene su explicación como pura y simple redundancia. El “poder” tiene su explicación como reforzando la expresión [...]». ALBALADEJO GARCÍA, 1947, pp. 478-479.

forma que, a la postre, las obligaciones de transmitir la propiedad y entregar se cumplan a la vez y nos situemos en el escenario contemplado al principio⁵⁴⁵.

Es el contrato el que nos da respuesta a estos interrogantes; el que señala cuál es el *resultado* querido por las partes. Pero en lo que pueda concernir al antiguo expediente de la transmisión del riesgo este *mare magnum* que representa la entrega, he de decir que la entrega relevante es la material. El régimen dispositivo que ha establecido el legislador para la transmisión del riesgo está estructurado en torno a la entrega material a la que alude el art. 1462.1 Cc.

El Código de comercio no ofrece una definición de la entrega, pero sus preceptos secundan lo que acabo de decir. Tratándose de preceptos pensados para la compraventa de bienes muebles (art. 325 Ccom), en los arts. 331 a 339 Ccom contamos con material suficiente para inferir que la entrega está integrada por una actividad de ofrecimiento y recepción, de desprendimiento y aprehensión, de *puesta a disposición* y extracción; hay entrega cuando el comprador llega a asir la cosa vendida⁵⁴⁶ y, como decía, queda pendiente el análisis de si la transmisión de la propiedad tiene lugar en este momento –o incluso antes con la puesta a disposición si, como se ha aludido a lo largo de estas páginas, se entiende que puede configurarse como modo de tradición–. Las partes, por supuesto, pueden acordar que la entrega se cumpla de diversa manera. Pero –insisto– el régimen dispositivo de la transmisión del riesgo está diseñado para una compraventa que ha de conducir a una entrega material.

A este respecto, es particularmente esclarecedor el art. 338 Ccom. Según el precepto, «los gastos de la entrega de los géneros en las

⁵⁴⁵ Sobre estas posibilidades, Díez-PICAZO, 2010, pp. 91-92; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, pp. 10318-10331.

⁵⁴⁶ Con referencia al art. 331 Ccom, SOTO NIETO, 1965, pp. 325-326, opina que «salvo acuerdo de las partes o deducción derivada de los [...] elementos fácticos que rodeen a las mercancías, la entrega ha de ser entendida en sentido real, como material desplazamiento [...] del almacén, tienda o casa del vendedor a las dependencias del comprador».

ventas mercantiles serán de cargo del vendedor *hasta* ponerlos, pesados o medidos, a disposición del comprador, a no mediar pacto expreso en contrario. Los de su *recibo y extracción fuera del lugar de la entrega* serán de cuenta del comprador». El precepto, lejos de identificar entrega y puesta a disposición, ayuda a su distinción, dado que del uso de la preposición «hasta» se deduce que la entrega es un concepto más amplio que la puesta a disposición⁵⁴⁷. Del mismo modo, este artículo describe en su aspecto más práctico y material la entrega de la que habla el Código de comercio.

En consecuencia, la entrega se configura como un *acto bilateral* que requiere la efectiva recepción por el comprador⁵⁴⁸; acentuándose esa necesaria actividad de cooperación entre vendedor y comprador en orden al cumplimiento de la compraventa⁵⁴⁹. Por lo que se refiere al vendedor, es posible que realice todos los actos que estén de su mano y sean precisos para cumplir su obligación de entrega mientras que el comprador no presta todavía su actuación necesaria para ello. Esto es precisamente lo que representa la puesta a disposición: una actividad tendente a la entrega; una de las actividades de cooperación necesarias del vendedor que se puede configurar como uno de sus deberes accesorios⁵⁵⁰ para el cumplimiento de su obligación de entrega. La puesta a disposición es media entrega.

Desde la perspectiva del acreedor, la cooperación viene representada por su necesaria colaboración con el deudor a fin de que éste pueda cumplir la prestación; colaboración que tradicionalmente ha sido

⁵⁴⁷ En este sentido, MENÉNDEZ, 1951, pp. 233-234.

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 10331, dice que así lo «parece» con relación al art. 1462.1 Cc. De forma lacónica, afirma GARCÍA CANTERO, 1991, p. 194, que la entrega es, en principio, un acto material «que no queda al libre arbitrio del vendedor, sino que exige *alguna* colaboración de parte del comprador». La cursiva es añadida. BADENES GASSET, 1995, p. 438, dice: «en la mayor parte de los casos, la entrega presupone un concurso de actividades del vendedor y del comprador, es decir, la obra combinada de estos dos sujetos».

⁵⁴⁹ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 606.

⁵⁵⁰ Con carácter general, sobre estos deberes accesorios o secundarios que reflejan la cooperación necesaria del deudor para alcanzar la prestación principal, Díez-PICAZO, 1964, p. 362.

encuadrada en el ámbito de las *cargas* del acreedor⁵⁵¹ y ligada a la *mora creditoris* como expediente que no entraña incumplimiento de obligación alguna por parte de aquél⁵⁵². No obstante, en la compraventa, como contrato bilateral, la cuestión de la colaboración del comprador en la entrega adopta un cariz diferente; diluyéndose la figura de la carga y, en consecuencia, de la *mora accipiendi*. En efecto, o bien se reconoce que el comprador tiene la *obligación* de recibir o hacerse cargo de la cosa vendida que efectivamente puede incumplir, o bien la eventual falta de recepción queda absorbida por el incumplimiento de su contraprestación de pagar el precio; lo cual ocurrirá en los casos en que las contraprestaciones son de cumplimiento simultáneo, pues el comprador que no se presenta a recoger la mercancía casi seguro que tampoco paga⁵⁵³.

Pero fijémonos que ya hemos llegado demasiado lejos en la elucubración de los posibles escenarios. El comprador tiene, en efecto, las obligaciones de recibir y pagar el precio y podrá incumplirlas. Pero la puesta a disposición, en una primera instancia, no denota ningún incumplimiento por parte del comprador y, en particular, tampoco puede considerarse como una interpelación al comprador que le constituya en *mora debitoris*⁵⁵⁴. Hemos vistos que el Código de

⁵⁵¹ Como señala Díez-PICAZO, 1964, p. 358, una carga «no se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico “deber”, sino de un “tener que” para poder hacer. El deber presupone una correlativa facultad de exigir en otro y, por tanto, una deuda».

⁵⁵² En nuestra doctrina, las cargas del acreedor para que el deudor pueda ejecutar su prestación y la figura de la *mora creditoris* ha sido profusamente estudiada por CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, *passim*, esp. pp. 112 y ss. Ya con anterioridad, en un particular estudio sobre la mora, *vid.* esp. CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, pp. 1370 y ss.

⁵⁵³ En este sentido, CARRASCO PERERA, 2017, p. 885. Añade el autor (p. 889) que, precisamente por la simultaneidad en el cumplimiento de las contraprestaciones en los contratos sinalagmáticos, la *mora creditoris* quedará típicamente embebida en la situación de *mora debitoris* de la obligación recíproca.

⁵⁵⁴ Con carácter general, señala Díez-PICAZO, 2008a, p. 658, que, en lo referido a la constitución en mora en los supuestos de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, «si la puesta a disposición o el ofrecimiento de pago valen por sí solos como intimación de la mora, es una cuestión de interpretación de la comunicación. En la duda debe acogerse la conclusión negativa».

comercio le concede ese período de diez días con el que se modera la exigibilidad «desde luego» precisamente para que recoja y pague el precio; período de tiempo razonable cuya concreción queda sujeta, en el ámbito del Código civil, a la buena fe. Se trata de facilitar al comprador que colabore con lo que le toca en el cumplimiento del contrato; esto es, que cumpla con sus obligaciones de pagar y recibir la cosa y, en particular, con su obligación de recibir la cosa para que el vendedor cumpla y se libere de su obligación de entrega. La obligación de recibir la cosa que corresponde al comprador es reconocida con cierta timidez entre la doctrina civilista –incluso algunos la niegan– pero de forma general por los mercantilistas⁵⁵⁵. Ello se debe a la falta de apoyo en un precepto terminante. No obstante, ya la reconoce POTHIER⁵⁵⁶ y la doctrina francesa, aunque el *Code* tampoco cuente con un precepto que enuncie como tal dicha obligación, es unánime al aceptar la obligación de *prendre livraison*⁵⁵⁷.

Sea como fuere, durante ese período de tiempo que sucede a la puesta a disposición, el riesgo –como ya sabemos– corresponde al comprador; de ahí su eventual interés en no agotar la totalidad del tiempo y presentarse presuroso a recoger la cosa y pagar el precio.

En definitiva, los arts. 1452 Cc y 333 Ccom pueden ser leídos conjuntamente. Es más, creo que así debe hacerse, pues no aprecio ninguna traba de naturaleza jurídica o histórica ni, mucho menos, particulares razones de comercio que lo impidan. Lo que hay, más bien, es un cúmulo de ideas preconcebidas, inercias en los

⁵⁵⁵ Entre los civilistas, reconocen esta obligación BORREL Y SOLER, 1952, p. 89, o MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 378; LETE DEL RÍO / LETE ACHIRICA, 2006, p. 137. La niega LLAMAS POMBO, 2014, p. 533, cree que es una carga. Entre los mercantilistas, este reconocimiento es generalizado: LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 84; URÍA, 1958 (2000), p. 644; GARRIGUES, 1964, p. 295; SÁNCHEZ CALERO, 1969 (1986), p. 444. En contra, ALCOVER GARAU, 1991, p. 154, tan solo ve una carga en la actuación del comprador en orden a la entrega.

⁵⁵⁶ POTHIER, 1844b, p. 173: obligación de «*enlever la chose vendue*».

⁵⁵⁷ LAURENT, 1878c, p. 302; BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNANT, 1900, p. 524; BEUDANT, 1938, p. 218; PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 162; MAZEAUD, 1963, p. 834; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 1103; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 377.

razonamientos y falsas especialidades fuertemente apuntaladas que se retroalimentan.

En efecto, más allá de ese alegato general de que las previsiones de ambos códigos están informadas por principios diferentes, entre los mercantilistas ha calado muy hondo la idea de que el art. 1452 Cc atribuye el riesgo al comprador en el momento la conclusión del contrato sin mayor precisión; desde su perfección en la terminología de los arts. 1258 y 1450 Cc⁵⁵⁸. De ahí esa reacción instantánea a desconectar los arts. 1452 Cc y 333 Ccom tras una mínima comparativa entre ellos.

Como consecuencia, tradicionalmente se ha asumido sin cuestionamiento que las disposiciones sobre el riesgo de ambos códigos están informadas por fundamentos diferentes; manteniéndose hasta la actualidad su estudio aislado y, por extensión, creándose un aura de especialidad alrededor de los arts. 331 y 333 Ccom y, en particular, en torno a la puesta a disposición.

De toda esta inercia es difícil salir⁵⁵⁹; pero una revisión de las distintas interpretaciones con las que se ha querido explicar las previsiones sobre el riesgo del Código de comercio desmiente las supuestas diferencias que lo separan del Código civil. A ello dedico los siguientes apartados.

⁵⁵⁸ Así lo dicen expresamente GARRIGUES, 1956, p. 89; LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 97; BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 82; ALCOVER GARAU, 1991, pp. 30, 38 y 149.

⁵⁵⁹ En este sentido, veremos la distinta regulación que se realiza de la transmisión del riesgo en la PMCC y la PCM; diferencias que –dejando ahora de lado el «exceso» de regulación de la PCM sobre cuestiones que van más allá de la «especialidad mercantil»– no se justifica, sobre todo, teniendo cuenta que ambos proyectos se inspiran en los mismos textos –en particular la CVCIM– del que se ha tenido a bien llamar el «moderno Derecho de contratos». A estos proyectos aludo en su momento. *Vid.* Capítulo 4, II, 1, C).

3. Especialidades creadas en torno a los arts. 331 y 333 Ccom

Reconozco que me he alineado con la posición doctrinal minoritaria al afirmar que el criterio general para distribuir el riesgo es la puesta a disposición del art. 333 Ccom como noción conceptualmente anterior y distinta a la entrega. Sin embargo, quiero remarcar que, hasta cierto punto, es equívoco decir que, en opinión de la tesis doctrinal mayoritaria, el Código de comercio adopta el criterio de la entrega para repartir el riesgo entre comprador y vendedor; como si hubiese un consenso en la materia. Se ajusta más a la realidad afirmar que, bajo el paraguas del término «entrega», se han consolidado dos facciones entre las distintas interpretaciones que se han propuesto para solventar el supuesto antagonismo existente entre los arts. 331 y 333 Ccom.

No considero criticable que estos planteamientos pretendan resolver la cuestión del riesgo adoptando como parámetro orientador la entrega; de hecho, hemos visto hasta qué punto el legislador estructura la puesta a disposición precisamente para fomentarla. Sin embargo, tal y como espero justificar a continuación, entiendo que ninguna de estas propuestas se ajusta a la letra de la ley.

Por un lado, los civilistas niegan que la puesta a disposición y la entrega sean conceptos equivalentes. Pero la mayoría tiende a interpretar los arts. 331 y 333 Ccom influenciados por aquella jurisprudencia que trata de la entrega, la transmisión de la propiedad y la distribución del riesgo en las compraventas de plaza a plaza; realidad que, como ya dije, es ajena a nuestra legislación codificada sobre el riesgo⁵⁶⁰. Por otro lado, los mercantilistas consideran que, en efecto, el reparto del riesgo se produce en el momento de la puesta a disposición. Pero con el ánimo de casar los arts. 331 y 333 Ccom, sostienen que la puesta a disposición constituye *per se* el

⁵⁶⁰ Aludo a esta cuestión en la segunda parte de la presente investigación al estudiar la compraventa que «implica transporte». *Vid.* Capítulo 4, II, 2, A).

cumplimiento de la obligación de entrega y, además, alguno de ellos trae a colación la cuestión de la transmisión de la propiedad para establecer una relación de causa y efecto entre este fenómeno y el reparto del riesgo.

Se presentan así dos líneas de pensamiento que parten de un mismo punto, la aceptación de la especialidad mercantil frente a la civil, pero que siguen direcciones divergentes. Y antes de entrar en su análisis, dado que vuelve a emerger la cuestión de la transmisión de la propiedad, querría subrayar lo que sigue: por mi parte, insisto en que no se puede descartar el impacto del Código de comercio en el fenómeno de la transmisión de la propiedad. Como decía, cabe entender que la puesta a disposición del art. 333 Ccom se puede configurar como un tipo de *traditio*. En realidad, no sería tan diferente a la *traditio clavium* que contempla el art. 1643 Cc⁵⁶¹ y nada de esto prejuzga que siga estando pendiente el cumplimiento de la obligación de entrega⁵⁶². Todo depende, por supuesto, de la voluntad de las partes. A lo mejor ambas modalidades de *traditio* suponen ya la satisfacción de la prestación prometida al comprador y el vendedor seguiría con las mercancías en su poder, pero con otro título: depositario, por ejemplo. Del mismo modo, a lo mejor la puesta a disposición —e incluso su semejante, la entrega de las llaves— no supone ni satisfacción de la prestación ni transmisión de la propiedad alguna, sino mero acto preparatorio del futuro cumplimiento de la obligación de entrega mediante la cual se consumaría la *tradición*.

⁵⁶¹ Art. 1463 Cc: «Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados; y por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo». En su estudio sobre la regulación de la compraventa en las partidas, ARIAS RAMOS / ARIAS BONET, 1965, 376-377, concuerdan la Part. Quinta, Tít. V, Ley 24, antecedente de la compraventa *per aversionem* del art. 1452.2 Cc, con la constitución de Severo (C. 4, 48, 2) en la que la entrega de las llaves de la bodega produce el desplazamiento del riesgo al comprador.

⁵⁶² GARCÍA CANTERO, 1991, p. 199, señala que la entrega de llaves puede ser una forma de tradición simbólica, pero puede ser, asimismo, un acto preparatorio de la tradición real.

Como digo, insisto que todo depende de la voluntad de las partes. Pero el legislador mercantil diseña un régimen dispositivo que está encaminado al cumplimiento de la obligación de entrega en la forma que él ha considerado razonable: la entrega material, como aquel acto bilateral que requiere la cooperación del vendedor y del comprador y sobre el cual se articula la puesta a disposición como el momento de la transmisión del riesgo. Cuestión distinta es la bilateralidad que también se requiere, como uno de los presupuestos necesarios de la *traditio*, en la concurrencia de las voluntades de transmitir y adquirir el dominio⁵⁶³; *traditio* que puede coincidir o no con la ejecución de la obligación de entrega, con la puesta a disposición o tener lugar más tarde. Sea como fuere, si se admite que la transmisión de la propiedad puede tener lugar con la puesta a disposición, ello no supone asumir que este es el motivo por el que se transmite el riesgo; ambas transmisiones podrán coincidir, pero no están vinculadas: la segunda no depende de la primera⁵⁶⁴.

A) Descarte del enfoque de los civilistas

Como decía unas líneas más arriba, los civilistas que se han parado a analizar la doctrina del riesgo en el Código de comercio sostienen, como nota común, que la puesta a disposición y la entrega no son nociones equivalentes. No obstante, sus explicaciones tampoco son coincidentes.

DE COSSÍO Y CORRAL considera que los arts. 331 y 333 Ccom regulan supuestos de hecho diferentes; si bien ambos preceptos atenderían al momento en que la entrega y/o tradición tiene lugar. Dirigiendo su

⁵⁶³ Nota a pie de página 541.

⁵⁶⁴ En este sentido son ilustrativas las explicaciones de MENÉNDEZ, 1951, pp. 227-237. Con una visión diferente a la que yo propongo, considera el autor que, si bien el Código de comercio no dice explícitamente nada sobre la cuestión de la transmisión de la propiedad, tras la letra de determinados preceptos subyace el ánimo del legislador de regularla. En cualquier caso, tal y como hemos visto en el apartado anterior, lo dicho no impide al autor realizar una exégesis del art. 333 Ccom digna de alabanza y señalar que la puesta a disposición, aun desvinculada del fenómeno de la transmisión de la propiedad, mantiene toda su relevancia para la cuestión del reparto del riesgo (p. 237).

mirada al art. 331 Ccom, el cual vendría a sentar como pauta rectora que el riesgo de la contraprestación se atribuye al comprador *únicamente* con la entrega de las cosas vendidas, el autor opina que dicha entrega debe ser la «material de la cosa que, las más de las veces, coincidirá con la tradición real; pero que en otras producirá, como subsiguiente a una tradición fingida anterior, efectos meramente transmitivos de la posesión y, consiguientemente, de los riesgos»⁵⁶⁵.

Aunque no comparto la conexión que establece entre entrega material y reparto del riesgo como la «pauta rectora» del Código, cabría estar de enhorabuena ante unas explicaciones que, al deslindar con limpieza los conceptos de entrega y tradición, no harían otra cosa que desarrollar esa crítica que hace el autor al perjuicio causado por la tendencia a ligar la cuestión del riesgo de la contraprestación con la de la transmisión de la propiedad⁵⁶⁶. Pero lo cierto es que su discurso no es tan límpido y DE COSSÍO Y CORRAL no consigue sortear el error que él mismo denuncia: vincular el asunto del riesgo con el de la propiedad.

En efecto, ante la jurisprudencia que alude a los arts. 331 y 333 Ccom en el ámbito de las compraventas de plaza a plaza y sostiene que la puesta a disposición equivale a una tradición fingida, el autor hila poco a poco la noción de la puesta a disposición con el fenómeno traditorio y afirma: «la puesta a disposición no es, por lo regular, sino la primera mitad de la tradición, y consiste en la realización, por parte del vendedor de la totalidad de los actos que pueden exigírsele par que aquélla tenga lugar». Para que se transmita la propiedad –insiste– «a la puesta a disposición debe seguir el “recibo” de la cosa vendida por el comprador» en virtud del art. 339 Ccom⁵⁶⁷.

Una vez introducida la cuestión de la transmisión de la propiedad en su discurso y haciéndose eco –aunque con cierta cautela– de esa

⁵⁶⁵ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 395.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 392.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 380. Más adelante me referiré al contenido de este precepto.

jurisprudencia referida a las compraventas de plaza a plaza⁵⁶⁸, considera DE COSSÍO Y CORRAL que el art. 333 Ccom presenta una suerte de carácter excepcional respecto del art. 331 Ccom. De esta forma, el riesgo corresponde al comprador desde la puesta a disposición de la cosa si las partes acuerdan que la misma sea manifestación externa de una tradición fingida anterior o si se le reconoce suficiente virtualidad para asignar el riesgo al comprador en virtud de un acuerdo o un uso del comercio. En caso contrario, opina el autor que no es suficiente que la cosa vendida esté *realmente* a disposición del comprador para que el riesgo le corresponda, sino que será necesario que éste la *reciba* o el vendedor, previo cumplimiento de las formalidades oportunas, la deposite judicialmente⁵⁶⁹.

Pues bien, he de decir que no me queda claro cuál es la posición que defiende el autor en este segundo caso. Quizás, la recepción que exige al comprador sea la material; para armonizar así el art. 333 con el art. 331 Ccom. Pero, en la medida en que DE COSSÍO Y CORRAL conecta la transmisión de la propiedad con la puesta a disposición, también cabe pensar que considera suficiente que el comprador manifieste la aceptación de la puesta a disposición que le ofrece el vendedor para que, consumada la *traditio* en ese momento, se le atribuya el riesgo.

He intentado reducir al máximo un planteamiento –dicho con todos los respetos, extenso e intrincado– que presenta como vicio inicial el explicar el art. 333 Ccom atendiendo a una compleja jurisprudencia referida a las compraventas de plaza a plaza cuando, según hemos podido ver, el Código se ciñe a los supuestos de compraventa en plaza. Además, el autor atribuye al art. 333 Ccom un carácter excepcional de forma un tanto arbitraria y sin mayores explicaciones. En todo caso, GARRIGUES nos ofrece una crítica sencilla y certera pues, como bien afirma, la solución de DE COSSÍO Y CORRAL es rebuscada y carece de fundamento; sobre todo en lo referido a su

⁵⁶⁸ Aludo a esta cuestión en la segunda parte de la presente investigación al estudiar la compraventa que «implica transporte». *Vid.* Capítulo 4, II, 2, A).

⁵⁶⁹ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 395.

explicación del art. 333 Ccom. En efecto, se pregunta el mercantilista qué valor tiene este precepto si su aplicación depende del pacto de los contratantes o de un uso del comercio cuando el carácter dispositivo que el propio DE COSSÍO Y CORRAL atribuye al art. 333 Ccom⁵⁷⁰ supondría que su aplicación proceda a falta de pacto o uso mercantil⁵⁷¹.

En la exposición de ALONSO PÉREZ, muy semejante a la de ant DE COSSÍO Y CORRAL, observo desde un primer momento esa mezcolanza entre la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad. Una vez apuntado que el art. 331 Ccom sentaría la doctrina fundamental en materia de riesgos y que «la *entrega* se considera decisiva para consolidar el derecho del vendedor al pago del precio», comienza a hacer referencia a algunos de los requisitos que son necesarios para que la entrega constituya un acto traslativo de dominio⁵⁷² y,

⁵⁷⁰ Al igual que hace en su estudio del art. 1452 Cc, el autor otorga especial protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes en el análisis de los preceptos sobre el riesgo del Código de comercio. Recalca que los arts. 331 y 333 Ccom tienen carácter dispositivo y que tan sólo sientan una presunción *iuris tantum* sobre cuál es el acuerdo de los contratantes en la materia. *Ibidem*, pp. 394-395. En su momento ya expliqué mis reservas a considerar el régimen dispositivo sobre el riesgo como una presunción *iuris tantum* y a ellas me remito. Ahora me interesa destacar que, cuando el autor repite su tesis sobre los arts. 331 y 333 Ccom en DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 618-621, después de explicar su teoría sobre el art. 1452 Cc alrededor de la idea del retraso, pretende extrapolar estos últimos razonamientos a las previsiones del Código de comercio. Dice el autor que «las diferencias que existen entre la solución civil y la mercantil del problema [...] en muchas ocasiones pueden quedar reducidas en la práctica al mínimo». Me resulta curioso que diga esto cuando en el ámbito del Código civil, aparte de desvincular la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad y no hacer mención alguna a tradiciones fingidas, por ningún lado afirma que sea preciso el depósito de la cosa vendida para que el riesgo se transmita al comprador y el vendedor tenga derecho al precio; lo cual sería necesario –según sus explicaciones– en el régimen dispositivo del riesgo de la compraventa regulada en el Código de comercio.

⁵⁷¹ GARRIGUES, 1964, p. 302, en nota a pie de página. Considero que esta crítica es extrapolable a la explicación que SOTO NIETO, 1965, p. 327, realiza del art. 333 Ccom pues, en su opinión, la aplicación del precepto está condicionada a que las partes *pacten* que el vendedor *cumplirá* depositando las mercancías en un determinado tiempo y lugar; incluso en el propio establecimiento del vendedor. Por esta misma razón, me resulta curioso que el autor (p. 323) se adhiera a la crítica que GARRIGUES realiza de las explicaciones de DE COSSÍO Y CORRAL cuando, a mi entender, SOTO NIETO incurre en el mismo error.

⁵⁷² Nota a pie de página 541.

finalmente, apunta que el art. 331 Ccom alude primordialmente a la *tradición* material⁵⁷³.

Como he señalado más arriba⁵⁷⁴, el autor, erróneamente, considera que el art. 331 Ccom se refiere exclusivamente a las compraventas en plaza con posibilidad de entrega inmediata y reserva el art. 333 Ccom para las compraventas de plaza a plaza y sus distintas modalidades; ventas a distancia, en plazas distintas, con obligación de remitir o expedir⁵⁷⁵. ALONSO PÉREZ insiste que, al analizar el art. 331 Ccom, se ha adscrito sin condiciones «al principio de la *entrega*», por lo que entiende que el art. 333 Ccom no reniega del «criterio de la *tradición*»; la cual es «es necesariamente un acto bilateral que en ningún caso puede existir sin la cooperación del comprador». Por ello, el autor no considera aceptable equiparar entrega y puesta a disposición; «lo que parece contradecir la idea misma de la tradición, como acto bilateral»⁵⁷⁶. Dicho esto, para ALONSO PÉREZ el art. 333 Ccom exige la concurrencia de hasta tres elementos para atribuir el riesgo al comprador.

En primer lugar, considera que el art. 333 Cc sanciona *ex ministerio legis* la *traditio ficta* que cuatro años más tarde consagra el art. 1463 Cc («el solo acuerdo o conformidad de los contratantes»)⁵⁷⁷. En segundo lugar, se requeriría la puesta a disposición de la cosa, que no es en sí misma el acuerdo traslativo⁵⁷⁸, sino su exteriorización,

⁵⁷³ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 423 y 426.

⁵⁷⁴ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 426 y 433.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pp. 434-435.

⁵⁷⁷ Y ello es así, opina el autor, porque en las diferentes modalidades de compraventa de plaza a plaza las partes señalarían en el contrato «todas las condiciones en orden a la obligación de entregar». Por ello, «la tradición se ha embebido en el acto contractual, se ha espiritualizado y transformado, por ende, en una forma de tradición fingida [...] suficiente para transmitir la propiedad»; *traditio ficta* que el art. 333 Ccom presupone con la referencia al «lugar y tiempo convenidos».

⁵⁷⁸ Señala Díez-PICAZO, 1966, p. 563, que bajo el nombre genérico de *traditio* se han refundido dos tipos de fenómenos traslativos que no tienen nada o casi nada en común, como son el traspaso posesorio, que es la tradición genuina, y los simples acuerdos traslativos. El autor sostiene que el término *traditio* debe ser reservado «para todos aquellos casos en que la

ejecución material o verificación fáctica. Por eso el autor niega que la puesta a disposición equivalga o sea la traducción moderna de la *emptio perfecta* romana⁵⁷⁹. Como recordaremos⁵⁸⁰, para el autor la *emptio perfecta* que se plasma en el art. 1452 Cc tan sólo implica la *plenificación* contractual de la compraventa mientras que la puesta a disposición del art. 333 Ccom es esa exteriorización «o realización a facticidad de la *traditio* espiritualizada». No obstante, el autor tampoco niega que la *emptio perfecta* haya dejado su impronta en la puesta a disposición. En su opinión, la «traslatividad de la puesta a disposición» recuerda la naturaleza cada vez más alienatoria de la *emptio perfecta* del Derecho justiniano⁵⁸¹. En último lugar, y como tercer elemento necesario para que el riesgo corresponda al comprador, éste debe mostrar su anuencia o conformidad con dicha puesta a disposición causalizada por el acuerdo traslativo precedente; de ahí que el art. 339 Ccom exija que se dé por satisfecho con la misma, es decir, que se produzca el recibo de la cosa. Y si no se produce tal aceptación, es necesario que el vendedor la deposite judicialmente⁵⁸².

Pues bien, al igual que DE COSSÍO Y CORRAL, ALONSO PÉREZ ha querido ver demasiadas exigencias en el art. 333 Ccom para encajar en él realidades contractualmente complejas –las distintas modalidades de compraventa de plaza a plaza– cuando ya sabemos que tanto este precepto y el art. 331 Ccom se circunscriben a supuestos de hecho mucho más sencillos: la compraventa de ejecución en plaza. Y en la medida en que no comparto la premisa de la que parte el autor para estudiar el art. 333 Ccom⁵⁸³, creo que no debo añadir aquí nada más. Si acaso, tan sólo dedicar unas palabras a ese carácter traslativo que,

transmisión del dominio se opera mediante la creación de un signo exterior de reconocibilidad, que consiste en la toma de posesión por el adquirente. En cambio, todos aquellos otros casos en los cuales la transmisión del dominio ocurre sin que sea necesario aquel traspaso de la posesión, deben ser comprendidos bajo la rúbrica de “acuerdos traslativos”».

⁵⁷⁹ Crítica que va dirigida directamente contra la tesis de MENÉNDEZ, 1951, pp. 242-248.

⁵⁸⁰ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, D).

⁵⁸¹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 420, 421 y 437.

⁵⁸² *Ibidem*, pp. 439-444.

⁵⁸³ Acerca de su opinión sobre el art. 331 Ccom ya me he pronunciado en el Capítulo 1, III, 1.

en su opinión, presenta la puesta a disposición por influencia de la naturaleza cada vez más alienatoria de la *emptio perfecta* del Derecho justiniano.

En su momento expliqué la opinión de ALONSO PÉREZ, y otros autores, que ven un carácter eminentemente traslativo en la *emptio perfecta* del Derecho justiniano que atribuye el riesgo al comprador. Y posiblemente de ahí provenga esa idea del «llamamiento a la adquisición» con la que el autor interpreta el art. 1452 Cc. Ahora ve ese carácter traslativo en la puesta a disposición del art. 333 Ccom, pero como exteriorización del acuerdo traslativo previo (art. 1643 Cc); posibilidad no exenta de dificultades en la medida en que, estando presentes de un régimen pensado principalmente para la comercialización de géneros, habrá que estar a toda la problemática relativa a la especificación del género, la participación que las partes han de tener en ella y su diferencia o coincidencia con el momento de la puesta a disposición. Son cuestiones a las que aludo más adelante⁵⁸⁴.

En fin, si existe alguna reminiscencia de la *emptio perfecta* romana en los arts. 1452 Cc y 333 Ccom, es en estos dos sentidos: por un lado, en la necesidad de que la cosa esté dispuesta para ser entregada materialmente y tan sólo pendiente de que el comprador la recoja. El art. 333 Ccom y sus concordantes, así como la discusión doctrinal que se ha entablado alrededor del art. 1452.3 Cc, muestran que la cuestión del riesgo entra en juego en el aspecto más práctico del contrato de compraventa; cuando el intercambio material de las contraprestaciones está en curso. Por otro lado, en la posibilidad de que, tras ese largo recorrido en el que la *emptio perfecta* presentaba cada vez más una naturaleza alienatoria, quepa admitir que la puesta a disposición a cristalizado como un modo de *traditio* debido a la naturaleza genérica de los bienes que la han visto y la han hecho nacer. Sea como fuere, me veo obligado a insistir, admitir esto no supone establecer una

⁵⁸⁴ *Vid.* Capítulo 3, II.

verdadera conexión o atadura entre la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad.

Ello lo tiene muy presente ABRIL CAMPOY. Aunque no comparto su opinión de que el Código de comercio apuesta por el criterio de la entrega para repartir el riesgo, el autor afirma con rotundidad que no se debe poner en relación esta cuestión con el régimen de transmisión de la propiedad. Dicho esto, y siendo consciente de que el Código de comercio se centra en las compraventas en plaza, sostiene que de la redacción del art. 331 Ccom se deriva que el riesgo corresponde al comprador en el momento de la entrega. No puede equipararse –dice– la entrega del art. 331 Ccom con la puesta a disposición del art. 333 Ccom. Este último precepto habría que hilarlo con el art. 339 Ccom, el cual requiere el recibo por parte del comprador para entender producida la entrega. Bien es cierto que el autor no dice en ningún momento que se refiera a la entrega material de la cosa; pero así parece deducirse en la medida en que sostiene que el Código de comercio atribuye el riesgo al vendedor antes de la entrega porque, como poseedor, controla las situaciones de riesgo en que puede encontrarse la cosa⁵⁸⁵.

A diferencia de los anteriores autores, ABRIL CAMPOY asume en sus explicaciones que los arts. 331 y 333 Ccom regulan el mismo supuesto de hecho; de ahí que complete la puesta a disposición del art. 333 Ccom con el recibo por parte del comprador que reclama el art. 339 Ccom –según el autor– para que el riesgo se atribuya a éste en el momento de la entrega de la que habla el art. 331 Ccom. Pues bien, como dije anteriormente, la expresión «darse por satisfecho» del art. 339 Ccom no es un condicionamiento para atribuir el riesgo al comprador, sino un requisito para poder exigir el precio; lo cual, veremos enseguida, no es contradictorio.

⁵⁸⁵ ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 65-71.

B) Crítica al enfoque de los mercantilistas

Desde la perspectiva de los mercantilistas, la armonización de los arts. 331 y 333 Ccom pasa por asumir que la puesta a disposición equivale al cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor; con anterioridad y posterioridad a este momento, el riesgo corresponde respectivamente al vendedor y al comprador.

Existen diferentes opiniones en torno a cuál de los dos preceptos tiene preeminencia sobre el otro. Pero a medida que se revisan las explicaciones de estos autores, se aprecia que estamos ante nimiedades formales que no les impiden converger en el mismo sitio.

Para GARRIGUES, el principio general en la materia se establece en el art. 333 Ccom. La cuestión del riesgo debe ser enlazada con la ejecución de la obligación fundamental del vendedor y, dado que la obligación de entrega se cumple –según el autor– con la simple puesta a disposición de la mercancía en favor del comprador, el riesgo le corresponde consecuentemente a partir de ese momento. GARRIGUES se muestra muy insistente al señalar que, para salvar la aparente contradicción que existe entre los arts. 331 y 333 Ccom, «que sería incomprensible de otro modo, hay que admitir forzosamente la equivalencia entre entrega y puesta a disposición». Y la lógica de todo ello reside en que «la cosa ha pasado de la disponibilidad del vendedor a la disponibilidad del comprador. Ha entrado ya en su esfera patrimonial y es justo que todo caso fortuito dañoso que se produzca en esta esfera *sea soportado por su titular*»⁵⁸⁶.

LANGLE Y RUBIO se pronuncia en la misma dirección. Aunque considera un error traer a colación la máxima *res perit domino* y entablar una relación de causa y efecto entre la transmisión de la propiedad y la atribución del riesgo al comprador, para este autor también es decisiva la trascendencia patrimonial que representa la

⁵⁸⁶ GARRIGUES, 1964, pp. 300, 301 y 303. La cursiva es añadida. Misma tesis mantenida con anterioridad en GARRIGUES, 1956, pp. 88-90.

puesta a disposición. En su opinión, «decir que [el comprador] tiene [la cosa] a su disposición, que puede *disponer* de ella (incluso en favor de tercero, si quiere), vale tanto como entregársela»; de ahí que asuma el riesgo⁵⁸⁷.

Desde otra perspectiva, URÍA cree que el principio general en la materia se recoge en el art. 331 Ccom; precepto que con el término «entrega» haría alusión –a su entender– al fenómeno traditorio. De ahí que opine que la cuestión del riesgo en la compraventa está regida por la máxima *res perit domino*. No obstante, dado que el legislador no podía limitarse a decir que la atribución del riesgo tiene lugar en todo caso con la entrega, pues ésta no sólo depende de la voluntad del vendedor sino también del consentimiento del comprador, señala el autor que el art. 333 Ccom vendría a recortar la amplitud del anterior postulado para el caso de que la entrega/tradición no llega a realizarse en el momento de la puesta a disposición de la mercadería; momento en que el vendedor cumple con su obligación principal de entrega⁵⁸⁸. Al igual que GARRIGUES y LANGLE Y RUBIO, URÍA considera que «el vendedor *cumplirá su obligación de entregar* realizando todos aquellos actos necesarios para que el comprador pueda tomar posesión de la cosa vendida: poniendo ésta a disposición del comprador en el tiempo y lugar en que debe realizarse la entrega». «En el supuesto de que el lugar de entrega sea el propio establecimiento del vendedor –insiste–, éste *cumplirá* teniendo sencillamente los géneros vendidos en sus almacenes a disposición del comprador en el día señalado en el contrato, porque entonces, dependiendo la realización de la *entrega o*

⁵⁸⁷ LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 69, 93, 95 y 98.

⁵⁸⁸ URÍA, 1958 (2000), pp. 644-645. Sigue al autor PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, 2002, p. 1355. También SECO CARO, 2009, p. 171, aunque para el autor no hay que preocuparse de vincular la cuestión del riesgo con la de la transmisión de la propiedad. Por su parte, BROSETA PONT, 1971, p. 334, opina que el riesgo corresponde al comprador desde que el vendedor «ha cumplido su obligación de entregar la cosa (o sea, desde su puesta a disposición del comprador), momento a partir del cual ésta ingresa en el patrimonio del comprador por haber éste adquirido su propiedad». En posteriores ediciones (*cfr.* BROSETA PONT, 1971 (2018), pp. 82-83), se observa con mayor claridad que el autor sigue a URÍA; pues invoca el brocardo *res perit domino* y señala que entre los arts. 331 y 333 Ccom hay una relación de regla y excepción.

*tradición de la retirada o conformidad del comprador, el vendedor no puede hacer más que eso»*⁵⁸⁹.

Sobre la alusión al adagio *res perit domino*, poco tengo que añadir salvo insistir que a mi entender resulta improcedente. Como ya sabemos, una cosa es la entrega como obligación contractual y otra cosa es la tradición como negocio traslativo del dominio; una cosa es la necesaria recepción por parte del comprador para que la obligación de entrega, como acto bilateral, se pueda consumir y otra cosa es que su consentimiento deba concurrir junto al del vendedor para cumplir uno de los requisitos necesarios en la transmisión del dominio. Según dije en su momento, el Código de comercio no vincula la cuestión de la transmisión del riesgo con el fenómeno de la tradición; por lo que creo que la propuesta de URÍA no refleja fielmente el pensamiento del legislador⁵⁹⁰.

Por lo que respecta a las explicaciones de GARRIGUES y LANGLE Y RUBIO, aunque estos autores prescindan y rechacen respectivamente la mencionada máxima, el beneficio patrimonial que obtiene el comprador al poder disponer de la cosa vendida justificaría, en su opinión, que peche con el riesgo. Sin embargo, creo que confunden cuestiones distintas. Una cosa es que el derecho de crédito –a lo que ahora nos interesa, el derecho del comprador a la entrega de la cosa– tenga un evidente valor patrimonial; que sea considerado como un bien en el patrimonio del acreedor del cual puede disponer en el tráfico en virtud de la *facultad de disposición* que integra, junto a otras facultades, el núcleo del derecho de crédito de *cualquier* acreedor en

⁵⁸⁹ URÍA, 1958 (2000), pp. 640-641. La cursiva es añadida.

⁵⁹⁰ La vinculación de la cuestión del riesgo con la transmisión de la propiedad lleva a MARTÍ, 1985, pp. 138-140, a realizar declaraciones que carecen de apoyo legal: después de aceptar la idea de que la puesta a disposición supone el cumplimiento de la obligación de entrega, apunta el autor que, si no se produce a continuación la recepción, se produce una *vacatio dominii* que justifica que el vendedor no sea responsable de la cosa objeto del contrato desde la puesta a disposición precisamente porque no es propietario. En otro momento, y de forma parecida a GARRIGUES y LANGLE Y RUBIO, señala el autor que el hecho a tener en cuenta al hablar de riesgo del comprador a partir de la puesta a disposición es la posibilidad que tiene éste de disponer de la cosa (p. 162).

cualquier tipo de relación obligatoria *desde el mismo instante de su constitución*⁵⁹¹. Otra cosa es que, si se reconoce que la puesta a disposición puede constituir un modo de tradición, a partir de ese momento ya no estamos ante la mera facultad de disposición de un acreedor sino ante la facultad de disposición del dueño que ha adquirido la propiedad⁵⁹². Y finalmente, otra cosa distinta es que, en su relación *inter partes*, vendedor y comprador tengan que ejecutar sus contraprestaciones y, en la medida en que la entrega material es un acto bilateral en el que participan ambos contratantes, es preciso que el vendedor *ponga materialmente a disposición* del comprador la cosa vendida para que este la recoja, se consume la entrega y, a la vez, pague el precio. En efecto, la expresión «poner a disposición» aparenta un significado polisémico; pero es al tercer y último sentido aludido al que mira el legislador para ordenar la cuestión de la transmisión del riesgo. La tesis de estos autores se reduce a optar por el camino fácil, pues resulta extraño que el legislador emplee dos artículos distintos con dos nociones diferentes para expresar una misma cosa que podría haber plasmado con mayor claridad en un solo precepto⁵⁹³.

Es conveniente dedicar unas líneas a la supuesta equivalencia entre el cumplimiento de la obligación de entrega y la puesta a disposición que todos estos autores aceptan, por cuanto de esta equiparación coligen

⁵⁹¹Con carácter general, sobre esta y otras facultades que tiene el titular de un derecho de crédito, Díez-PICAZO, 1964, pp. 354 y 359.

⁵⁹² Como explica VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, p. 1049: «la facultad de disponer, ni es interna ni tampoco privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. La facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquélla por la que se dispone de un derecho total de propiedad: todas tienen un denominados común». Insiste más adelante: «El poder o facultad de disponer no es privativo del derecho total de propiedad, sino que es un reflejo de la libertad y capacidad general de ceder los derechos. Es una facultad única en esencia y común a todas las titularidades, excepto cuando por razón del sujeto [esta apreciación está ahora condicionada a los actuales desarrollos en torno a la capacidad jurídica] o del derecho subjetivo, permanece ausente de determinadas situaciones jurídicas» (p. 1050).

⁵⁹³ En este sentido, DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 378, respecto de la tesis de GARRIGUES; razonamiento extrapolable a las explicaciones de LANGLE Y RUBIO.

las consecuencias legales en torno a la cuestión del riesgo de la contraprestación.

Los mercantilistas reconocen que en el sistema del Código civil el cumplimiento de la obligación de entrega requiere la materialidad en la entrega; exigencia de la que el Derecho mercantil habría prescindido⁵⁹⁴. El porqué de esta supuesta flexibilización no creo que se pueda encontrar, como acabo de indicar, en la facultad que tiene el comprador de disponer de la cosa bien como acreedor bien como dueño, según el caso. La primera prerrogativa no es exclusiva del comprador de la compraventa regulada en el Código de comercio y todo acreedor goza de ella desde la constitución de la relación obligatoria de que se trate. La segunda podría configurarse a través de un modo de tradición o acuerdo traslativo regulados en el Código civil a favor del comprador desde la conclusión del contrato o poco después y no por ello se eliminaría sin más –habría que atender al caso concreto– la ejecución de la obligación de entrega. Otros afirman que no se exige la entrega material porque no se quiere dejar al vendedor –que habría hecho lo necesario para proceder a la entrega material– a expensas de que el comprador preste o no la necesaria colaboración en dicha entrega con la recepción de la cosa⁵⁹⁵. Pero el argumento es débil en la medida en que el ordenamiento ya provee de remedios al vendedor frente al eventual incumplimiento de las obligaciones del comprador en la ejecución de la entrega sin necesidad de prescindir de su connatural bilateralidad; lo veremos enseguida.

⁵⁹⁴ Así lo dicen expresamente, GARRIGUES, 1964, pp. 259 y 263; LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 69. Este planteamiento parece haber persuadido a GARCÍA CANTERO, 1991, p. 194. Según dice el autor, «acaso pueda verse en la paralela regulación de la compraventa mercantil, inspirada en la rápida ejecución del contrato, un debilitamiento de la participación del comprador en la entrega al equipararse ésta a la “puesta a disposición”».

⁵⁹⁵ En este sentido se muestra muy insistente BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 73. Aunque la entrega presupone colocar al comprador en la posesión material, dice el autor que el Código de comercio sigue el principio espiritualista de la entrega, apartándose del sistema civil previsto en el art. 1462 Cc, al entender cumplida la obligación de entrega con la puesta a disposición de la cosa, es decir, «antes de que el comprador haya obtenido su posesión mediata o inmediata». Similares reflexiones en URÍA, 1958 (2000), pp. 640-641 y 644-645.

Curiosamente, todos estos autores reparan en los arts. 337 y 338 Ccom para defender esta especialidad mercantil; preceptos que, según he podido explicar, a mi entender ayudan justamente a deslindar la puesta a disposición de la ejecución de la obligación de entrega⁵⁹⁶. GARRIGUES, reitera esta idea: «para que la obligación de entrega se entienda cumplida, [...] basta que el vendedor tenga la mercancía a disposición del comprador. A la entrega de la cosa –remarca– equivale el hecho de estar el vendedor listo para entregarla». Los arts. 337 y 338 Ccom –apunta– corroboran que, «en la terminología legal, entrega y puesta a disposición son expresiones equivalentes»⁵⁹⁷. Por su parte, LANGLE Y RUBIO explica que «entregar una cosa a otro, es ponerla en sus manos, dársela; mientras que ponerla a su disposición es limitarse a decirle que puede llegar y tomarla». No obstante, para el autor esta descripción –que a mi entender sí es técnica– tan solo es aceptable en un sentido gramatical o corriente: «en sentido jurídico-mercantil –insiste– da igual»; para que la cosa se entienda entregada es suficiente que se ponga a disposición del comprador⁵⁹⁸.

En esta apuesta por hacer equivaler el cumplimiento de la obligación de entrega con la puesta a disposición, estos autores ven en el art. 339 Ccom un importante apoyo para reforzar su posición. En este sentido, señala GARRIGUES que de la letra del precepto se deduce que el vendedor ha cumplido sus obligaciones «cuando éste pone la mercancía a disposición del comprador, empezando para éste desde ese momento la obligación de pagar el precio, obligación que no tendría sentido si el vendedor no hubiera cumplido por su parte su obligación fundamental consistente en la entrega de la mercadería»⁵⁹⁹.

Aunque enseguida analizaré el art. 339 Ccom en su totalidad, lo cierto es que el precepto exige algo más que la mera puesta a disposición para que el vendedor pueda exigir el precio. En efecto, este artículo

⁵⁹⁶ No voy a repetir los argumentos. *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

⁵⁹⁷ GARRIGUES, 1964, p. 263.

⁵⁹⁸ LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 98.

⁵⁹⁹ GARRIGUES, 1964, p. 263.

dice que «puestas las mercaderías vendidas a disposición del comprador, y *dándose éste por satisfecho* [...], empezará para el comprador la obligación de pagar el precio [...]».

Si nos detenemos en el texto, la expresión «darse por satisfecho» es menos problemática de lo que aparentemente puede parecer. El precepto no está exigiendo que el comprador acepte definitivamente o se muestre totalmente conforme con la cosa puesta a disposición⁶⁰⁰; tampoco se centra en regular esa necesaria manifestación del consentimiento o voluntad por parte del comprador para satisfacer uno de los requisitos que requiere la transmisión del dominio mediante la *traditio*⁶⁰¹. El art. 339 Ccom atiende principalmente al hecho de que se verifique la recepción material por parte del comprador para que se ejecute la obligación de entrega y, a la vez, se pague el precio; forzando así al máximo la ejecución simultánea de las contraprestaciones que, como ya he explicado, acaso la confianza que las partes se deben no exija llevar la simultaneidad a la más rigurosa concurrencia. En este sentido, tiene razón LANGLE Y RUBIO cuando dice que el «darse por satisfecho» equivale a recibir la mercancía sin protesta⁶⁰². Y ello sin perjuicio de la comprobación de aquellos defectos o vicios manifiestos que el comprador puede constatar en el momento de la recepción, tal y como exigen actualmente tanto el Código de comercio como el Código civil⁶⁰³, y a salvo de las

⁶⁰⁰ En este sentido, no creo que el precepto esté exigiendo, como dice ALONSO PÉREZ, 1972, p. 441, que el comprador se dé «por enterado y conforme plenamente con la mercancía remitida, en total armonía con lo convenido al celebrar la venta». Téngase en cuenta que el autor habla de «mercancía remitida» porque aplica el art. 333 Ccom a las compraventas de plaza a plaza.

⁶⁰¹ Entre los civilistas, ya hemos visto que DE COSSÍO Y CORRAL opina que el art. 339 Ccom se dirige expresamente a regular la transmisión de la propiedad. Entre los mercantilistas, es de la misma opinión URÍA, 1958 (2000), pp. 640-641.

⁶⁰² LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 87.

⁶⁰³ Según el art. 1484 Cc, «el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida [...]; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista [...]». Por su parte, el art. 336.1 Ccom dispone que «el comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examinare a su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías». Se trata de los vicios o defectos que el comprador podría hipotéticamente comprobar en el momento de la entrega. Si no se pudiese hacer tal inmediata comprobación, habría que estar a

eventuales reclamaciones que pueda hacer por otros vicios o defectos que no sean reconocibles en el momento de la entrega; cuestiones que actualmente se hallan embebidas en la noción de la falta de conformidad de la prestación que, en su momento, trataré con la clásica doctrina del riesgo en la compraventa⁶⁰⁴.

Por lo tanto, en el art. 339 Ccom encuentro más argumentos para diferenciar, por un lado, la puesta a disposición como momento de distribución del riesgo y, por otro, la ejecución de la obligación de entrega que requiere la recepción –el «darse por satisfecho»– por parte del comprador. El precepto no nos está diciendo que la entrega y el pago del precio tienen que realizarse sí o sí en el momento en que la puesta a disposición tiene lugar tras las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato (art. 337 Ccom); nos está diciendo que la entrega de la cosa y el pago del precio pueden tener lugar, simultáneamente (arts. 1466 y 1500.2 Cc), en cualquier momento posterior a esas veinticuatro horas y anterior a esos diez días que marca el art. 62 Ccom. Se trata, como vimos en su momento, de la moderación conforme a la buena fe de la exigibilidad «desde luego» que sanciona el art. 1113.1 Cc⁶⁰⁵ para facilitar la cooperación de las partes en orden al cumplimiento de sus contraprestaciones⁶⁰⁶.

lo dispuesto en los arts. 336.2 y 342 Ccom. Nótese que el vendedor puede exigir al comprador que haga el reconocimiento para comprobar posibles defectos de la calidad y cantidad en el momento de la entrega (art. 336.4 Ccom).

⁶⁰⁴ Vid. Capítulo 4, III.

⁶⁰⁵ Vid. Capítulo 1, III, 2, A).

⁶⁰⁶ Nótese que ello lo tiene en cuenta MENÉNDEZ, 1951, p. 256, cuando dice que, a pesar de que la puesta a disposición determina la atribución del riesgo al comprador, si el vendedor quiere exigir el precio, la mera puesta a disposición es insuficiente y debe ir acompañada de la aceptación del comprador en virtud del art. 339 Ccom. ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 417-418, malinterpreta estas palabras y cree que MENÉNDEZ se contradice pues «si la “puesta a disposición” es el factor determinante del *periculum emptoris* y, sin embargo, el comprador conserva su dinero hasta tanto no acepte, es el vendedor quien sufre los daños, pues se quedó sin los efectos vendidos y no puede reclamar el precio aunque hayan perecido fortuitamente después de la puesta a disposición». No obstante, la contradicción no existe. Las explicaciones de MENÉNDEZ tan sólo ponen de manifiesto que no hay entrega sin recepción; momento en que simultáneamente se paga el precio y sin perjuicio de que el riesgo se atribuya al comprador con la puesta a disposición.

No obstante, los mercantilistas no sólo consideran que esta recepción queda fuera de la obligación de entrega, la cual se cumpliría con la mera puesta a disposición, sino que, además, entienden que la recepción y el pago del precio han de tener lugar *justo en el mismo instante* de la puesta a disposición. Y a esta conclusión llegan tras una lectura del equívoco art. 337 Ccom –que *parece* dar a entender que el vendedor entrega con la puesta a disposición de las mercancías dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato– junto al art. 1500.2 Cc –que ordena a falta de pacto, el pago del precio «en el tiempo y lugar en que se haga la entrega»– y obviando el art. 62 Ccom.

En este sentido, opina GARRIGUES que la recepción de la mercancía es el «acto *material* que complementa la entrega [a su entender, la mera «puesta a disposición»] en el que intervienen los dos contratantes». Una vez puesta la mercancía a disposición del comprador, «nacen»⁶⁰⁷ sus obligaciones de pagar el precio y de retirar o hacerse cargo de las mercancías; toma de posesión que «le pondrá a salvo de las consecuencias de la *mora accipiendi*»⁶⁰⁸ pues «soportará el riesgo el comprador que haya incurrido en retraso no retirando oportunamente la mercancía»⁶⁰⁹. También URÍA señala que con la puesta a disposición «nace»⁶¹⁰ la obligación del comprador de pagar el precio y puede tomar posesión *inmediata* de la mercadería⁶¹¹. Para LANGLE Y RUBIO, el art. 339 Ccom expresa que, cumplida la obligación de entrega con la puesta a disposición, empieza *inmediatamente* la obligación del comprador de pagar el precio en el sentido de que el vendedor ya la puede reclamar⁶¹², pues «lo normal y lo que debe presumirse –dice–, es la simultaneidad de ambas prestaciones»⁶¹³. Además, añade el autor, una vez puesta la cosa a disposición del

⁶⁰⁷ Expresión propia del autor.

⁶⁰⁸ GARRIGUES, 1964, p. 295.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 303.

⁶¹⁰ Expresión propia del autor.

⁶¹¹ URÍA, 1958 (2000), pp. 640 y 645.

⁶¹² Acertadamente, el autor señala que la expresión «[...] empezará para el comprador la obligación de pagar el precio» que utiliza el art. 339 Ccom adolece de cierta impropiedad, dado que esta obligación nace en el momento de la celebración del contrato.

⁶¹³ LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 86-87.

comprador, el vendedor también puede conminarle a cumplir con su obligación de recibirla⁶¹⁴.

A la luz de estas palabras, observamos todavía más claramente cómo todos estos autores –aunque algunos consideren que el principio general en materia de riesgos está en el art. 331 y otros en el art. 333 Ccom– sostienen en realidad idéntica opinión. En la medida en que todos ellos consideran que justo en el instante en que se produce la puesta a disposición ha de producirse la recepción de la mercancía, en realidad, vienen a decir que el riesgo corresponde al vendedor, durante las veinticuatro horas que siguen a la conclusión del contrato, hasta que se produce la entrega material⁶¹⁵. Si la entrega material no tiene lugar en ese instante, creo que el parecer común lo reflejan las palabras de URÍA cuando analiza el art. 333 Ccom: la entrega no se produce «bien porque el comprador rehús[a] sin justa causa el recibo de las mercaderías, bien porque sencillamente se demor[a] en la recepción»; aunque en otro momento el autor habla de la no realización de la entrega «por causas imputables al comprador o no imputables a ninguna de las partes»⁶¹⁶.

Pero fijémonos que URÍA, al contrario que GARRIGUES y LANGLE Y RUBIO, se cuida de no decir en ningún momento que, si la entrega material no se produce, el riesgo le corresponde al comprador desde la puesta a disposición. El autor hace bien en no realizar esta afirmación porque si, como dice, la falta de entrega material en el momento relevante se debe al rehúse del comprador o a causas a él imputables o no imputables, ya no nos encontraríamos ante el genuino problema del riesgo. En efecto, cuando estos autores plantean el supuesto de que la entrega material no se produzca en el instante de la puesta a disposición, en realidad se adentran en la esfera de la responsabilidad contractual por incumplimiento del comprador de sus obligaciones de

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁶¹⁵ En la medida en que el contrato puede recaer sobre un género más o menos limitado, la expresión de que «el riesgo corresponde al vendedor» tiene connotaciones diversas. Me remito a lo explicado en el Capítulo 3, II.

⁶¹⁶ URÍA, 1958 (2000), p. 645.

pagar el precio y recoger la cosa. Y lo dicho es otro argumento más para criticar la tesis de estos autores y negar que en el momento de la puesta a disposición se tenga que realizar la entrega material o que la puesta a disposición pueda equipararse al cumplimiento de la obligación de entrega; porque –conviene remarcarlo– la literalidad del art. 333 Ccom muestra que el precepto no trata de regular la responsabilidad del comprador por incumplimiento, sino regular aquello de lo que no se quiere hacer responder al vendedor: la clásica doctrina del riesgo de la contraprestación en la compraventa cuya aplicación ha sido tradicionalmente circunscrita al tiempo que discurre entre la conclusión del contrato y la entrega material de la cosa vendida.

Como decía, el sistema diseñado en su día por SAINZ DE ANDINO busca que la entrega de la cosa y el pago del precio tengan lugar, simultáneamente, en cualquier momento posterior a las veinticuatro horas y anterior a los diez días que siguen a la celebración de la compraventa. Una vez que el vendedor pone las mercancías a disposición, el Código le obliga a esperar al comprador, con los riesgos a cargo de este último, durante el tiempo que ha considerado razonable concederle para que se presente a consumar el contrato con el intercambio de las contraprestaciones. Transcurridos esos diez días –y no justo en el momento de la puesta a disposición, como creen los mercantilistas– se pasa de un escenario de espera obligada a espera indebida; se pasa del ámbito del riesgo al de la mora y la responsabilidad contractual. Procede en este momento estar a las restantes previsiones del art. 339 Ccom.

C) Alcance del art. 339 Ccom y remisión al art. 332 Ccom

Según dice el art. 339 Ccom, «puestas las mercaderías vendidas a disposición del comprador, y dándose éste por satisfecho, o depositándose aquéllas judicialmente, en el caso previsto en el artículo 332, empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor. Este se

constituirá depositario de los efectos vendidos y quedará obligado a su custodia y conservación según las Leyes del depósito».

Por su parte, el art. 332 Ccom dispone: «Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías. El mismo depósito judicial podrá constituir el vendedor siempre que el comprador demore hacerse cargo de las mercaderías».

A mi entender, los escenarios que baraja el legislador son, sucintamente, los que siguen:

En primer lugar, es posible que el comprador se presente antes de que transcurran los diez días, reciba la cosa –realizándose la entrega– y pague el precio, salvo aplazamiento, en la medida en que el régimen dispositivo parte de la simultaneidad de las contraprestaciones. Por supuesto, queda pendiente el análisis de las anomalías cualitativas y cuantitativas a través de los expedientes que el Ccom prevé al respecto; previsiones que no me conciernen explicar⁶¹⁷ y que se han de coordinar con la transmisión del riesgo en el momento de la *perfección* del contrato: la puesta a disposición *ex* arts. 333 Ccom y 1452 Cc que no coincidirá en todo caso con la mera conclusión del contrato. Del mismo modo, también quedaría pendiente la posible articulación de la garantía de evicción o, si se reconoce que existe, el análisis del eventual incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad.

En segundo lugar, y por lo que respecta a las obligaciones de recibir la cosa y pagar el precio, señala el art. 332 Ccom que es posible que el comprador no reciba la cosa transcurridos los diez días porque, o bien

⁶¹⁷ Un estudio al respecto en FENOY PICÓN, 1996, pp. 276 y ss.; quien explica su superación por la jurisprudencia del TS que aplica las previsiones generales del incumplimiento previstas en el Código civil mostrando, hilo argumental de su estudio, una evolución en lo que concierne al tratamiento de las anomalías cualitativas de la cosa hacia la configuración de un hecho amplio y unitario correspondiente a la idea de no conformidad.

la rehúsa injustificadamente, ya sea presentándose o no en el establecimiento del vendedor, o bien no se presenta –se «demora», dice el precepto–; falta de recepción en la que se presupone la falta del pago del precio, como ahora explicaré. El precepto ha dado lugar a comentarios que, de nuevo, consagrarían especialidades mercantiles donde creo que no las hay⁶¹⁸. Por poner algunos ejemplos, se ha dicho que, en el caso de rehúse injustificado, si el vendedor quiere instar el cumplimiento de la obligación del pago del precio debe necesariamente depositar judicialmente la mercancía mientras que en el caso de la demora dicho depósito es potestativo⁶¹⁹. También se ha dicho que, para reclamar el precio, es preciso el depósito en ambos casos⁶²⁰ y, finalmente, se ha llegado a afirmar que, a falta de recepción, es menester dicho depósito para la atribución del riesgo al comprador⁶²¹. En mi opinión, la lectura que merece el precepto es la siguiente:

Respecto a la referencia al depósito judicial, el art. 332 Ccom viene a aplicar al contrato de compraventa lo que tradicionalmente se ha considerado el efecto más importante de la *mora creditoris*: la *facultad*⁶²² que tiene el deudor de liberarse mediante la consignación⁶²³ de la prestación debida una vez que la obligación ha vencido, el deudor la ha ofrecido y el acreedor no presta la colaboración necesaria para dicha liberación por las causas que sean⁶²⁴. En efecto, el ofrecimiento no basta para que el deudor quede

⁶¹⁸ Con carácter general, cuando GARRIGUES, 1956, pp. 94-95, estudia el precepto, lo presenta como otro punto más donde destaca la especialidad del Derecho mercantil.

⁶¹⁹ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 152-153.

⁶²⁰ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 395; LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 87; PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, 2002, p. 1352.

⁶²¹ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 395; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 441. En contra, LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 87.

⁶²² Díez-PICAZO, 1964, p. 365.

⁶²³ Cfr. arts. 1176 y ss. Cc.

⁶²⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1987, pp. 1374-1376. Explica el autor que la mora del acreedor no presupone la culpa; «el carácter fortuito del impedimento que puede haber obstaculizado la recepción no es suficiente para excluir la mora del acreedor. El deudor no tiene por qué soportar el caso fortuito que le impide liberarse en tiempo oportuno por imposibilidad del

liberado del cumplimiento de su obligación; de ahí su interés en la consignación para evitar la eventual disputa con el acreedor sobre la responsabilidad en la que pueda incurrir⁶²⁵. Extrapolados estos razonamientos a la compraventa, cabe precisar lo siguiente: el vendedor *ofrece* la cosa debida mediante la puesta a disposición colmada por los cuatro requisitos ya explicados⁶²⁶; comenzando así ese período de espera marcado por la buena fe –los diez días del art. 62 Ccom; en realidad nueve desde que la puesta a disposición tiene lugar tras las veinticuatro horas que siguen a la celebración del contrato– para que el comprador pueda presentarse a recibir la cosa, permitiendo que el vendedor entregue, y pagar el precio. Pasado ese período de espera, y sin necesidad de otro requisito adicional⁶²⁷, el vendedor puede consignar la cosa vendida si el comprador no presta su cooperación en la entrega; si se «demora», como dice el art. 332 Ccom, entendiendo este término como la mera ausencia de colaboración sean cuales fueren las causas que la motiven.

Pero como decía anteriormente, la figura de la *mora accipiendi* queda diluía –a salvo de su importante efecto de posibilitar la consignación– en torno al incumplimiento de la obligación del comprador de recibir la cosa y, si las contraprestaciones son de cumplimiento simultáneo, básicamente en torno al incumplimiento de la de pagar el precio. Al incumplimiento del comprador se refiere el art. 332 Ccom; precepto que lo único que hace es mencionar *algunos* de los remedios de los que el vendedor dispone cuando, pasados los diez días que establece el art. 62 Ccom, el comprador incumple sus obligaciones ya exigibles.

No es mi propósito pararme en este momento a estudiar la relación de remedios de que dispone el vendedor y sus requisitos, pero me interesa poner de manifiesto cómo en el precepto se produce ese

acreedor cuando puede ejecutar la prestación. No es justo que resulte perjudicado el deducor en tal caso».

⁶²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, pp. 122, 124, 194.

⁶²⁶ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

⁶²⁷ Con carácter general, señala Díez-PICAZO, 2008a, p. 739, que la *mora credendi* no exige ninguna adicional interpelación.

efecto en virtud del cual el incumplimiento de la obligación de pagar el precio absorbe el incumplimiento de la obligación de recibir la cosa debida. En efecto, cuando el legislador alude en el art. 332 Ccom a dos de los remedios que el ordenamiento ofrece al vendedor, está pensando principalmente en el incumplimiento de la obligación de la obligación de pagar el precio y no tanto en el incumplimiento de la obligación de recibir la cosa a pesar de que la doctrina repare específicamente en este precepto para justificar la existencia de esta segunda obligación. Y ello es así porque el precepto parte de la hipótesis de que las contraprestaciones se deben cumplir simultáneamente.

Cuando el art. 332 Ccom se refiere a la acción de cumplimiento en caso de rehúse o demora en la recepción de las mercancías y hace alusión a esa prerrogativa que tiene el vendedor para consignar la cosa debida, para mí, es claro que el precepto tan sólo *recuerda* esa facultad que tiene el vendedor para consignar la cosa, evitándose la eventual discusión sobre la responsabilidad en la que podría incurrir mientras la cosa está en su poder, y exigir más cómodamente el cumplimiento de la obligación *del pago del precio*. En efecto, la preocupación del legislador en este momento es que el vendedor pueda exigir el cumplimiento del pago del precio que se sobreentiende que el comprador rehúsa injustificadamente o demora cuando rehúsa injustificadamente o demora la recepción de la cosa. Insisto que el legislador está pensando en el cumplimiento simultáneo de las contraprestaciones y, en realidad, está focalizando su atención en el pago del precio; no tanto en la recepción. Y lo mismo debe decirse respecto al otro remedio que menciona el precepto: la rescisión [*rectius* resolución]. Se ofrece el remedio resolutorio porque se entiende que, en la medida en que el comprador no se hace cargo de la mercancía, tampoco paga el precio; remedio al que el vendedor puede recurrir tanto en la hipótesis de rehúse como en la de demora si se

cumplen los requisitos que requiere dicho remedio, sin que nos deba hacer dudar la letra del precepto⁶²⁸.

Algo similar sucede con el art. 1505 Cc. Según dice el precepto, «respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación». A lo que ahora interesa destacar, dejando de lado el análisis del precepto y la reprobación que merezca⁶²⁹, opino que, cuando el legislador baraja la posibilidad de que el comprador no se presente a recibir la cosa, ofrece el remedio resolutorio atendiendo al incumplimiento de la obligación del pago del precio y no al incumplimiento de la obligación del recibir⁶³⁰. Por supuesto que no

⁶²⁸ BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 82, señala que, en la medida en que la resolución sólo se menciona en el caso de rehúse y no en el de la demora en la recepción, aparentemente no queda claro si el vendedor puede, en este segundo caso, optar por exigir la resolución aparte de aquellos casos en que el tiempo de cumplimiento fuese esencial. No obstante, señala el autor que la jurisprudencia sí admite esa posibilidad. Por su parte, URÍA, 1958 (2000), p. 644, ni se plantea la duda y alude a la resolución en ambos casos.

⁶²⁹ Al hilo de estudiar el remedio resolutorio y la figura de la *Nachfrist*, señala PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1733, que el art. 1505 Cc es una norma que debe desaparecer de nuestro ordenamiento en la medida en que es una norma de «excesivo rigor para con el comprador, no justificable como regla de Derecho dispositivo». Comparte esta opinión, SAN MIGUEL PRADERA, 2004, p. 293. La autora realiza un análisis comparando los arts. 1124 y 1505 Cc y subraya sus similitudes y diferencias (pp. 281 y ss.). Precisamente, ante el hecho de que en el ámbito del art. 1124 Cc ni la falta de presentación del comprador en el momento fijado para la entrega ni la falta del pago del precio en el plazo previsto darían lugar necesariamente al remedio resolutorio (salvo cuando el tiempo de cumplimiento fuese esencial o el retraso en el cumplimiento fuese prolongado en el tiempo) mientras que en el ámbito del art. 1505 Cc tales incumplimientos sí serían suficientes para instar la resolución, la autora reclama la aplicación del precepto con estricta cautela. En cualquier caso, su opinión general acerca del precepto es negativa y señala que el art. 1505 Cc no puede amparar que el vendedor se valga del remedio resolutorio en supuestos de incumplimientos de escasa importancia teniendo en cuenta su objetivo interés (pp. 294-295).

⁶³⁰ CARRASCO PERERA, 2017, pp. 885-886, al comparar los arts. 1505 Cc y 332 Ccom, señala lo que sigue: «En la norma civil no resulta claro si el vendedor puede resolver inmediatamente por el hecho de que el deudor no recoja la mercancía o sólo si, al omitir esta conducta, está omitiendo con ello lo que verdaderamente es decisivo para el vendedor, el pago del precio. Mas en el art. 332 Ccom queda claro que el vendedor puede resolver si el comprador no se

pretendo poner en duda que nuestro Derecho codificado acepta la recepción de la cosa como una obligación del comprador con sustantividad propia; obligación cuyo incumplimiento será más visible en los casos de compraventas con ejecución no simultánea de las contraprestaciones por aplazamiento del pago del precio y que abrirá a favor del vendedor el abanico general de remedios. Tan sólo pretendo destacar cómo los arts. 332 Ccom y 1505 Cc, haciendo alusión a la falta de recepción de la cosa, pretenden en realidad tutelar la falta del pago del precio.

Hasta aquí los escenarios que, en mi opinión, baraja el art. 339 Ccom –y por extensión, el art. 332 Ccom– una vez que, puestas las mercancías a disposición del comprador, transcurren los diez días que fija el art. 62 Ccom. No obstante, algún autor ha creído ver en el art. 339 Ccom una tercera hipótesis: el supuesto de que el comprador se presenta en el establecimiento del vendedor, se da por satisfecho y no retira las mercancías; constituyéndose el vendedor en *depositario* de las mismas⁶³¹.

Como he tenido ocasión de explicar, el sentido que debe darse a la expresión «darse por satisfecho» es sencillamente el de recibir materialmente la cosa vendida; conclusión que vendría a contradecir el anterior supuesto. Sin embargo, me reafirmo en mi opinión y no creo que el art. 339 Ccom contemple realmente la hipótesis barajada en el anterior párrafo; aunque su equívoca letra permite plantear lo contrario. Otra cosa es que las partes puedan, en efecto, pactarlo: la compraventa quedaría atrás y nos encontraríamos ante otra y nueva

presenta a recoger la cosa, con independencia de que haya pagado o no la mercancía ¿Por qué esta singularidad? [sic] Seguramente porque en la compraventa mercantil está obligado también a hacerse cargo de la mercancía [...]». Pues bien, como he explicado, para mí, al contrario de lo que opina el autor, el art. 332 Ccom atiende específicamente al incumplimiento de la obligación de pagar el precio y no tanto a la de recibir. Creo que los dos preceptos son, en esencia, idénticos y no aprecio la singularidad de la que habla el autor al referirse al art. 332 Ccom. La obligación del comprador de recibir la cosa subyace tanto en la regulación del contrato de compraventa que contiene el Código civil como la que contiene el Código de comercio.

⁶³¹ En este sentido, ALCOVER GARAU, 1991, p. 153.

vinculación contractual. Pero este no es el escenario que está previendo el legislador.

A mi entender, razones históricas justifican esta posible confusión. El art. 339 Ccom, al igual que otros muchos preceptos que el Código de comercio dedica a la compraventa, tiene sus orígenes en la antigua compraventa de *res quae pondere, numero mensurave constant*; supuestos en los que, además de contar, pesar o medir las mercancías, típicamente también se prueban o degustan por el comprador. De aquí proviene la expresión «darse por satisfecho»⁶³². Si además tenemos en cuenta que, según la opinión doctrinal mayoritaria, antiguamente estas operaciones se hacían conjuntamente entre el comprador y vendedor⁶³³, inmediatamente se comprende por qué el art. 339 Ccom parece diferenciar el «darse por satisfecho» y la recepción: porque, como ya sabemos, una vez contadas, pesadas, medidas y probadas («darse por satisfecho», en su sentido primigenio) las cosas vendidas, quedan a disposición y riesgo del comprador; quien precisa cierto tiempo para organizar su transporte y sustracción (recepción). Por eso mismo se comprende también que el art. 339.2 Ccom haga referencia a la figura del depósito. Con ella, tan sólo quiere remarcar que, durante el tiempo razonable que se le concede al comprador para recibir las mercancías desde la puesta a disposición, el vendedor únicamente responde por su obligación de conservar diligentemente la cosa⁶³⁴. Pero el recurso a la figura del vendedor-depositario se trata de

⁶³² Ello lo confirma la lectura del art. 367.2.º Ccom de 1829: «Corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas al comprador, aunque provengan de caso fortuito: Cuando [...] competa al comprador la facultad de visitarla y examinarla, y *darse por contento* de ella [...]». Es más, el art. 374 Ccom de 1829, antecedente del art. 339 Ccom actual, utilizaba la expresión darse por satisfecho de la *calidad* de la cosa. Del mismo modo, muy similar a la expresión «darse por satisfecho» es la de «conformándose el comprador» que utiliza el art. 1016 del Proyecto de Código civil de 1836 para aquellos supuestos en los que el objeto de la compraventa son cosas que se cuentan, pesan, miden y prueban. Con acierto LASSO GAITE, 1970, p. 134, concuerda este precepto con la Part. Quinta, Tít. V, Ley 25 que se dedica a regular la compraventa de *res quae pondere numero mensurave constant*.

⁶³³ *Vid.* Capítulo 3, II, 2, C).

⁶³⁴ En efecto, dice el art. 306 Ccom en sede del contrato de depósito: «El depositario quedará obligado a conservar la cosa [...]. En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o

una ficción de la que no sólo se sirve la ley mercantil, sino también la doctrina al analizar el art. 1452 Cc⁶³⁵ para justificar cómo la clásica doctrina del riesgo en la compraventa se articula sobre dos de las obligaciones accesorias del vendedor: la puesta a disposición y la conservación de la cosa⁶³⁶.

Dicho todo esto, y en la medida en que no se puede negar la evidencia de que el art. 339 Ccom tiene vocación general y que, por lo tanto, no sólo se aplica a casos en que la especificación de las mercancías se realiza conjuntamente entre el vendedor y comprador o se produce verdaderamente una degustación, ensayo o prueba por parte del comprador, debemos permanecer en la idea de que la expresión «darse por satisfecho» tan sólo hace referencia a la recepción material de la cosa vendida. Del mismo modo, cuando el art. 339.2 Ccom se refiere a la obligación de conservación, está contemplando el tiempo que transcurre desde la puesta a disposición hasta la recepción –el «darse por satisfecho»–; lo cual no prejuzga ni la participación que, en su caso, el comprador pueda desempeñar en la puesta a disposición, ni el hecho de que esa obligación de conservar comience, en su caso, desde la conclusión del contrato de compraventa.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, no existe esa supuesta «doble especialidad» –como dice GARRIGUES⁶³⁷ en cuanto al modo y el momento en que se debe cumplir la entrega: la puesta a disposición no supone cumplir con la obligación de entrega ni ésta tiene que tener

negligencia, y también de los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos dando aviso de ello además al depositante, inmediatamente que se manifestaren».

⁶³⁵ Como ya hemos visto, en sede del art. 1452 Cc recurre a la ficción del depósito ROCA SASTRE, 1948, p. 401; quien ya se refiere al vendedor «como si» se tratase de un depositario. Dice BORRELL Y SOLER, 1952, p. 94: «El vendedor que, después de perfeccionado el contrato conserva la tenencia de la cosa vendida, sin morosidad de su parte, es comparable al depositario de la cosa, el cual debe conservarla sin que contraiga responsabilidad si se pierde por caso fortuito, conforme al art. 1766 [Cc] en relación con el 1101 [Cc]».

⁶³⁶ *Vid.* Capítulo 1, IV.

⁶³⁷ GARRIGUES, 1956, p. 81. También BROSETA PONT, 1971 (2018), p. 72, presenta así las «dos interesantes singularidades» –dice– que caracteriza a la compraventa regulada por el Código de comercio.

lugar necesariamente dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración de la compraventa en deferencia a esa celeridad que supuestamente singulariza los contratos mercantiles⁶³⁸. Puestas las mercancías a disposición del comprador, el vendedor no puede exigir inmediatamente al comprador el cumplimiento de sus obligaciones, sino que comienza ese período razonable de tiempo marcado por la buena fe (art. 62 Ccom) para que el comprador pueda dirigirse a cumplir. Pasado dicho período de tiempo, el vendedor dispuesto a cumplir que ve cómo el comprador no cumple, puede recurrir a los remedios ante el incumplimiento.

En las explicaciones de los mercantilistas no observo ningún dato concluyente que corrobore sus planteamientos ni ningún obstáculo insalvable que me impida sostener la interpretación por la que he optado. Es más, quisiera destacar que en los razonamientos de GARRIGUES, vocero de la supuesta equiparación entre la puesta a disposición y el cumplimiento de la obligación de entrega, observo ciertas contradicciones. En efecto, primero dice que el vendedor cumple con la puesta a disposición, pero después afirma que «la recepción de la mercadería por el comprador [...] hace posible el cumplimiento de la obligación de entrega que incumbe al vendedor»⁶³⁹. Del mismo modo, señala en otro lugar que la recepción es un acto que tiene interés para ambos contratantes. «Para el vendedor porque implica la liberación de sus obligaciones y la consiguiente liquidación del contrato si la mercancía se recibe a satisfacción del comprador». Las discordancias en las que incurre son, a mi entender, patentes. En particular, me resulta sumamente curioso que el autor nos diga que la puesta a disposición equivale al cumplimiento y que después afirme que, con la recepción por parte del comprador, el vendedor «se libera» de sus obligaciones. Seguramente está pensando en los deberes accesorios de conservación; pero lo

⁶³⁸ Subraya MARTÍ, 1985, p. 140, equivocadamente a mi juicio, que la equiparación entre cumplimiento de la obligación de entrega y puesta a disposición «viene impuesta como una necesidad inherente al dinamismo del tráfico mercantil».

⁶³⁹ GARRIGUES, 1956, p. 88.

cierto es que el comprador no paga el precio para que la cosa sea conservada, sino para que sea efectivamente entregada. En efecto, dice GARRIGUES que la recepción tiene también interés para el comprador porque, con ella, «consigue la finalidad que se propuso al concertar la compraventa»⁶⁴⁰. Otro argumento más, en mi opinión, para no ver en la puesta a disposición un acto de cumplimiento, sino simplemente una actividad tendente a cumplir.

En definitiva, la mera puesta a disposición no equivale a la entrega; su virtualidad –que no es poca– se circunscribe a fijar el momento con anterioridad al cual y con posterioridad al cual el riesgo corresponde respectivamente al vendedor y al comprador; descripción que se acopla tanto al art. 333 Ccom como al art. 1452 Cc dado que, como he explicado, son en el fondo idénticos.

No veamos en la puesta a disposición ninguna especialidad del tráfico mercantil. Puede ser cierto que la compraventa regulada por el Código civil tiene *normalmente* por objeto una cosa ya determinada en el momento de la conclusión del contrato, mientras que la del Código de comercio recae *normalmente* sobre cosas todavía pendientes de especificar; lo cual conlleva *habitualmente* que los actos preparatorios para la entrega que comprende la puesta a disposición adquieran mayor entidad en el segundo caso que en el primero. Pero estas apreciaciones no son decisivas para ver diferencias de fondo entre las disposiciones de ambos códigos y lo que es habitual no nos permite generalizar sin más.

Por un lado, del mismo modo que existe un mercado profesional de bienes singulares –ya sean antigüedades, joyas, obras pictóricas o escultóricas, etc.– que estaría sujeto a las disposiciones del Código de comercio sobre el riesgo y la necesaria puesta a disposición para atribuir el riesgo al comprador, los particulares pueden realizar transacciones que se corresponden a esa antigua compraventa de *res quae pondere, numero mensurave constant* –por ejemplo, cuando se

⁶⁴⁰ GARRIGUES, 1964, p. 295.

compra o vende una biblioteca o una colección de sellos, monedas, vinilos, etc.— a la que alude los párrafos segundo y tercero del art. 1452 Cc. Por otro lado, aunque en el ámbito de la compraventa de cosas determinadas las operaciones de poner a disposición puedan ser materialmente mínimas hasta el punto de que sus tres primeros requisitos se cumplan en el instante de la conclusión del contrato, no podemos olvidar el cuarto: que la puesta a disposición sea tempestiva para brindar al comprador un ofrecimiento de entrega factible de conformidad con las circunstancias del caso.

No obstante, los mercantilistas ven alrededor de la puesta a disposición la particularidad mercantil frente a la civil pues, según dicen, el art. 333 Ccom exige dicha puesta a disposición *precisamente* porque no basta la perfección del contrato para atribuir el riesgo al comprador⁶⁴¹. Pero, como ya he explicado, mientras que el art. 333 Ccom reserva, en efecto, el término perfección para aludir a la celebración del contrato de compraventa, dicho concepto arrastra históricamente un significado polisémico que, en materia de riesgos en la compraventa, designa algo más que la conclusión del contrato: la puesta a disposición de la cosa. Dice MENÉNDEZ con agudeza: «La vieja tradición romanista desemboca en su cauce histórico en este artículo 333, técnicamente más depurado, pero que conserva tal vez con más precisión y exactitud que la legislación civil todo el alcance y significación de la regla *res perit emptori*»⁶⁴². Pues bien, a mi entender la conjetura del autor es una certeza.

Antes de finalizar, no quiero dejar de destacar que LANGLE Y RUBIO es conocedor de la tesis de ROCA SASTRE, según la cual, el Código civil y

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 301; LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 95.

⁶⁴² MENÉNDEZ, 1951, p. 244. No obstante no comparto la opinión del autor cuando afirma que el Código civil «no dedica ningún precepto a la regulación del riesgo, pero en su articulado, principalmente en las normas contenidas en los artículos 1452, 1096, 1182 y 118, la doctrina ha encontrado argumento suficiente para explicar la permanencia del principio romano» (pp. 238-239). En mi opinión, como he tenido ocasión de explicar, el art. 1452 Cc regula directa y verdaderamente la cuestión del riesgo de la contraprestación en la compraventa independientemente de lo desafortunada que sea la letra del precepto.

el Código de comercio responden al mismo criterio en materia de riesgos de la compraventa. Y ante tal declaración, el mercantilista reacciona con tal ímpetu y prontitud que –dicho sea con todos los respetos– no dice más que generalidades contra el planteamiento del civilista. Según afirma, ROCA SASTRE «olvid[a] el carácter especial o excepcional del Derecho mercantil y que, dentro de él, constituye regla general lo que fuera de su ámbito sería excepción. Tampoco se puede prescindir del art. 333, que declara la insuficiencia de la perfección, por sí sola». Pues bien, precisamente la propuesta de ROCA SASTRE no es prescindir del concepto de la puesta a disposición, sino extrapolarlo al art. 1452 Cc⁶⁴³; pero LANGLE Y RUBIO obvia este dato, tal vez, por esa inercia de ver especialidades donde tradicionalmente se han querido ver especialidades⁶⁴⁴.

Del mismo modo, otras razones que enarbola para defender la supuesta especialidad de la solución que ofrece el art. 333 Ccom, en mi opinión, no hacen más que invitar y facilitar la aproximación de este precepto con el art. 1452 Cc. Efectivamente, dice en primer lugar que «en el área del comercio, la oposición de intereses no podía resolverse por el legislador de otro modo, so pena de asestarle un golpe fatal; porque los compradores adquieren las cosas para revenderlas y si se viesan obligados a pagarlas sin haberlas obtenido, esto constituiría un doble perjuicio: la pérdida del precio y la del derecho a la cosa llamada a proporcionarles un beneficio económico con la reventa». Pues bien, el autor vuelve a confundir aquí la facultad de disposición en el tráfico por parte del comprador del crédito que tiene frente al vendedor o de la propiedad ya adquirida y la idea de la puesta a disposición como momento de atribución del riesgo. Además,

⁶⁴³ Vid. Capítulo 1, II, 3, C).

⁶⁴⁴ ABRIL CAMPOY, 2011, p. 70, en nota a pie de página, también ignora este importante matiz. Cuando expone las distintas opiniones doctrinales sobre los arts. 331 y 333 Ccom, el autor se limita a decir que, en opinión de ROCA SASTRE, el Código de comercio acoge el sistema romano del *periculum est emptoris*; de forma que el riesgo se atribuye al comprador desde la perfección del contrato, como en el Código civil. Insisto que la trascendencia de la tesis de ROCA SASTRE radica en que armoniza las previsiones de ambos códigos en torno a la puesta a disposición.

como tuve ocasión de señalar, en el ámbito de la compraventa regulada por el Código civil, el comprador también sufre patrimonialmente la pérdida, en todo o en parte, de su derecho de crédito; por mucho que en materia de riesgos en la compraventa se ponga el acento en el riesgo de la contraprestación.

En segundo lugar, dice LANGLE Y RUBIO, que «los comerciantes son quienes, con la elaboración de sus usos y costumbres, han creado históricamente el fondo de las instituciones del Derecho mercantil y no cabe pensar que fraguasen de tal manera su propia ruina»⁶⁴⁵. No tengo nada que reprochar a esta afirmación. Pero no olvidemos que tanto el art. 1452 Cc como el art. 333 Ccom y concordantes deben ser leídos conjuntamente porque tienen como orígenes comunes el comercio de *res quae pondere, numero mensurave constant*⁶⁴⁶; bagaje histórico que ha cristalizado de forma más clara en el Código de comercio que en el Código civil, precisamente, porque el legislador mercantil tenía particular afán por atender los intereses del comercio y no tanto por crear gratuitas especialidades.

Por último, alega el autor que, «aunque la ley no lo dijese, sería imposible la presunción de que [los comerciantes] hubieran querido asumir los riesgos desde el primer momento, desde la perfección⁶⁴⁷ misma del contrato»⁶⁴⁸. Yo me pregunto qué persona, sea un profesional o un particular, asumirá como razonable, salvo que lo haya aceptado en la negociación por las razones que sean, que el riesgo le corresponda como comprador desde la conclusión del contrato sin atender a mayores condicionamientos; sin que tan siquiera se haya comenzado a ejecutar el contrato. Creo no aventurarme si digo que nadie lo aceptará de buena gana y, como he explicado en las páginas precedentes, no observo ningún dato concluyente que corrobore que

⁶⁴⁵ Se refiere a que no cabe pensar que los comerciantes se hayan avenido históricamente a atribuir el riesgo desde la conclusión = perfección del contrato, tal y como supuestamente dispondría el art. 1452 Cc.

⁶⁴⁶ *Vid.* Capítulo 1, III, 2.

⁶⁴⁷ Con el término perfección, el autor se refiere inequívocamente a la conclusión del contrato.

⁶⁴⁸ LANGLE Y RUBIO, 1958, pp. 95-97.

éste sea el criterio que maneja el Código civil. Muy al contrario, confío en haber demostrado la unidad de fundamento que presentan los arts. 1452 Cc y 333 Ccom alrededor de la puesta a disposición de la cosa revestida con los cuatro requisitos ya descritos⁶⁴⁹.

Vemos que las razones de comercio que invoca LANGLE Y RUBIO para justificar la no atribución del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato en el ámbito de la compraventa regulada por el Código de comercio son, en realidad, las mismas razones que subyacen tras el art. 1452 Cc e invitan a armonizar las disposiciones de ambos Códigos. Sin embargo, y de una forma un tanto curiosa, algunos autores que se ha dedicado a estudiar con detenimiento ambas regulaciones legales se hacen eco de dichas razones de comercio para justificar que el Código de comercio sigue la máxima *periculum est venditoris*, mientras que a la vez invocan razones de índole mercantil para alegar que el Código civil sanciona la máxima *res perit emptoris*⁶⁵⁰. Me pregunto cuáles son esas dos y tan distintas realidades comerciales que, conviviendo en el mismo territorio, amparan, en su día, la consolidación de dos sistemas sobre el riesgo en la compraventa supuestamente tan dispares.

4. Cohesión de los arts. 333 y 331 Ccom

El único escollo que se podría presentar para sostener la tesis de que la regla general para el reparto del riesgo se recoge en el art. 333 Ccom alrededor de la puesta a disposición como noción distinta a la entrega, es el art. 331 Ccom; el cual, como sabemos, también se ocupa de la cuestión del riesgo, aunque articula su distribución en el momento de la entrega.

⁶⁴⁹ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

⁶⁵⁰ En este sentido, SOTO NIETO, 1965, p. 320, y ALONSO PÉREZ, 1972, p. 423, siguen los razonamientos de LANGLE Y RUBIO para defender la especialidad mercantil frente a la civil, mientras que, como hemos podido ver también aluden a razones de naturaleza comercial para justificar el régimen del art. 1452 Cc.

La cohesión de los arts. 331 y 333 Ccom ha sido siempre problemática y ya los comentaristas del Código de comercio de 1829 ofrecían soluciones poco halagüeñas⁶⁵¹. Unos afirmaban que el art. 365.1 Ccom (antecedente del art. 331 Ccom actual) se refería a los casos en que la compraventa no se hubiera concluido irrevocablemente mientras que el art. 366 Ccom (antecedente del art. 333 Ccom actual) aludía a los casos en que el contrato se hubiera concluido irrevocablemente⁶⁵²; referencia a la irrevocabilidad en el art. 366 Ccom cuya razón de ser radicaba en que el Código de comercio de 1829 exigía ciertas formas y solemnidades en algunos supuestos de contratación⁶⁵³. En la medida en que dichas exigencias ya no existen, la explicación de no nos sirve de nada en la actualidad. Otros argumentaban que, mientras el art. 365.1 Ccom entraba en juego antes de la puesta a disposición, el art. 366 Ccom atendía a los escenarios posteriores a dicho momento⁶⁵⁴. Aquí, de nuevo, el recurso a la solución fácil que no explica por qué el legislador recurre a dos artículos distintos con dos nociones diferentes para expresar una misma cosa que podría haber plasmado con mayor claridad en un solo precepto.

Sea como fuere, en las páginas precedentes he tenido la oportunidad de explicar que, a mi entender, la generalidad de la doctrina tampoco ha conseguido armonizar satisfactoriamente las previsiones del actual Código de comercio y a las críticas ya realizadas me remito.

En este momento, me interesa destacar que incluso aquéllos que han aportado razonamientos exactos y decisivos para interpretar

⁶⁵¹ GARCÍA GOYENA / AGUIRRE, 1844b, pp. 84-85, se limitan básicamente a reproducir el contenido de los preceptos del Código. De hecho, eluden directamente el art. 365.1 Ccom de 1829. Quizás quieren evitar adentrarse en problemas de coordinación entre este precepto y el 366 Ccom de 1829.

⁶⁵² MIQUEL Y RUPERT / REUS Y GARCÍA, 1856, p. 101; GÓMEZ DE LA SERNA / REUS Y GARCÍA, 1859, p. 90.

⁶⁵³ *Cfr.* arts. 234 y ss. Ccom de 1829.

⁶⁵⁴ VICENTE Y CARAVANTES, 1850, 158; MARTÍ DE EIXALÁ, 1875, p. 188. Advierto de las dudas que se generan en las explicaciones de estos autores en torno a si los preceptos diferencian el *periculum interitus* del *periculum deteriorationis*.

correctamente el art. 333 Ccom –argumentos sobre los que yo me he apoyado para profundizar en la conexión entre el Código de comercio y el Código civil–, tampoco realizan una interpretación del art. 331 Ccom que me parezca adecuada. Tanto MENÉNDEZ como ALCOVER GARAU tienden a desvincular el art. 331 Ccom de la cuestión del riesgo.

No obstante, MENÉNDEZ no llega a negar que el precepto esté relacionado con esta doctrina; mostrando así cierto vaivén en sus explicaciones. En efecto, afirma que «si se analiza detenidamente el contenido de los artículos 329, 330, 331 y 332, parece advertirse en ellos la intención de recoger en sus normas la regulación de la obligación de entrega y su incumplimiento [...]. En los artículos siguientes, 333, 334, existe una clara intención de regular todo lo referente al riesgo en este contrato. Proyectando esta idea sobre el artículo 331 adquiere una riqueza de contenido que no tiene cuando se le mira exclusivamente desde la doctrina del riesgo. Es indudable que los términos en que están concebidos exigen necesariamente su estudio cuando se trata de explicar la regulación del riesgo en el Código, pero no lo es menos que este precepto fué establecido fundamentalmente para regular la imposibilidad absoluta de entrega y la prestación incompleta o defectuosa, aunque incidentalmente y por su mismo carácter afecte al problema del riesgo»⁶⁵⁵.

Por su parte, ALCOVER GARAU se muestra mucho más tajante. Si en un primer momento señala que «los artículos 329 a 332 y 336 a 338 se refieren a la obligación de entrega [...] mientras que los artículos 333 a 335 regulan la [cuestión] del riesgo, íntimamente relacionada con la entrega de la cosa»⁶⁵⁶, su estudio le conduce a concluir que el art. 331 Ccom no se refiere a la cuestión del riesgo⁶⁵⁷; conclusión que no es posible compartir.

⁶⁵⁵ MENÉNDEZ, 1951, pp. 252-253.

⁶⁵⁶ ALCOVER GARAU, 1991, p. 144.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 158.

Antes de entrar a analizar las explicaciones que estos autores ofrecen, considero conveniente plasmar mi opinión acerca del juego que existe entre los art. 331 y 333 Ccom. El art. 331 Ccom determina la distribución del riesgo en el momento de la entrega material y el art. 333 Ccom –así como el art. 1452 Cc– en el momento de la puesta a disposición porque atienden a supuestos de hecho distintos. No obstante, ambos preceptos casan perfectamente.

El art. 333 Ccom no representa una predisposición del legislador por atribuir el riesgo al comprador con anterioridad a la entrega y ya he tenido la oportunidad de explicar la vinculación que existe entre la cuestión del riesgo y la ejecución de la obligación de entrega⁶⁵⁸: la puesta a disposición del art. 333 Ccom es una actividad tendente a entregar. Se trata de una norma que, con base en la ponderación de los intereses que realiza el legislador, entra en juego cuando las partes no han acordado expresa o tácitamente acerca del tiempo en que tendrá lugar la entrega.

El art. 331 Ccom, en cambio, atiende al supuesto en que las partes sí han acordado el momento en que tendrá lugar la entrega. Concretamente, regula el riesgo en las compraventas en que se ha establecido un término para la entrega y, aunque ello no lo diga expresamente el precepto, así se infiere de dos datos. Por un lado, el art. 331 Ccom está sistemáticamente ubicado con normas dedicadas a este tipo de compraventas. En efecto, el art. 329 Ccom alude a la estipulación de un «plazo» para la entrega –terminología en la que se comprende tanto el plazo como el término para la entrega⁶⁵⁹– y el art. 330 Ccom menciona la entrega a «plazo fijo»; expresión que hace referencia directa a la compraventa a término y sin perjuicio de que se pueda querer defender la aplicación del precepto a compraventas a

⁶⁵⁸ Ello queda patente en las explicaciones de MENÉNDEZ y ALCOVER GARAU que acabo de transcribir.

⁶⁵⁹ Más adelante, estudio con detenimiento la cuestión del riesgo en las compraventas en las que se ha pactado el tiempo de la entrega ya sea mediante un plazo o un término. Pero ya adelanto que, en caso de que el vendedor disponga de un plazo propiamente dicho para entregar, a efectos de riesgos es precisa la puesta a disposición. *Vid.* Capítulo 3, VII.

plazo⁶⁶⁰. Por otro lado, en el Código de comercio de 1829 existía una duplicidad de normas reguladoras de la cuestión del riesgo en las compraventas con entrega a término. Aparte del art. 365.1 Ccom de 1829 (precedente del art. 331 Ccom actual), el art. 367.4.º Ccom de 1829 (precedente del art. 334 Ccom actual)⁶⁶¹ establecía lo siguiente: «corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas al comprador, aunque provengan de caso fortuito: 4.º Si la venta se hubiere hecho a condición de no hacer la entrega *hasta un plazo determinado* [...]»; es decir, hasta un término. Esta última disposición desaparece del actual art. 334 Ccom en la medida en que se trataba de una repetición innecesaria a la luz del art. 331 Ccom.

Así las cosas, la coordinación de los arts. 333 y 331 Ccom se muestra sencilla; evitándose las discusiones acerca de la posible equivalencia entre la puesta a disposición y la entrega. A falta de un término para la entrega, el art. 333 Ccom rellena esa ausencia de acuerdo mediante la puesta a disposición; la cual representa una parte sustancial de la cooperación debida por el vendedor en la entrega –aunque no conlleva el cumplimiento de su obligación de entregar, recordemos–, determina la atribución del riesgo al comprador e invita a éste a proceder al cumplimiento de sus obligaciones en un tiempo razonable durante el cual el vendedor debe esperarle con las cosas a su disposición. Si se ha estipulado un término para la entrega, teniendo en cuenta que las contraprestaciones son de cumplimiento simultáneo, el vendedor y el comprador ya saben a qué atenerse: la entrega, que requiere la recepción de la cosa, y el pago del precio, salvo aplazamiento, deben realizarse en la fecha acordada; término que lleva implícito el tiempo

⁶⁶⁰ En sus orígenes, el art. 332 Ccom actual constituía los párrafos segundo y tercero del art. 365 Ccom de 1829 –antecedente del art. 331 Ccom actual–, cuyo párrafo primero se dedicaba a la cuestión del riesgo en las compraventas con entrega a término. A mi entender, el legislador desgaja dichos párrafos del art. 365 Ccom de 1829 para conformar el art. 332 Ccom actual y conceder a sus disposiciones vocación general.

⁶⁶¹ La virtualidad del art. 334 Ccom es aplicar casuísticamente la doctrina general del riesgo de la contraprestación recogida en el actual art. 333 Ccom (art. 366 Ccom de 1829) a distintos tipos de compraventa. A lo largo de mis explicaciones hago alusiones al mismo.

razonable que las partes han valorado concederse para el cumplimiento de sus contraprestaciones. De ahí que la fijación del término absorba los cuatro requisitos que concurren en la puesta a disposición y su mención sea innecesaria en el art. 331 Ccom. El riesgo corresponde al vendedor hasta el momento de la entrega o, de forma más precisa, hasta el momento en que la entrega debería tener lugar pues, como explicaré enseguida, el precepto no desconoce el supuesto de que el comprador no se presente en la fecha acordada.

Como decía, si con la anterior explicación se compagina los arts. 331 y 333 Ccom en lo referido al momento de la transmisión del riesgo, lo cierto es que MENÉNDEZ y ALCOVER GARAU han procedido a analizar el art. 331 Ccom desde otra perspectiva; diluyendo la cuestión del riesgo y acentuando la función del precepto en el ámbito del incumplimiento de la obligación de entregar. La propuesta de los autores está bien encaminada, en la medida en que el art. 331 Ccom pone de manifiesto la conexión que existe entre la doctrina de la transmisión del riesgo y el incumplimiento de la obligación de entrega, aunque no opino lo mismo de sus conclusiones. En este sentido, y teniendo en cuenta la división de los preceptos por bloques que proponen según la concreta temática a la que aluden, ambos autores han propiciado una comparativa entre los arts. 329 y 331 Ccom –así como entre sus antecedentes, los arts. 363 y 365.1 Ccom de 1829– que les hace perder de vista el verdadero alcance del art. 331 Ccom. Reproduzco, a continuación, estos cuatro preceptos:

Art. 363 Ccom de 1829:

«Cuando el vendedor no entregáre los efectos vendidos al plazo que convino con el comprador, podrá éste pedir la rescision del contrato, ó exigir reparacion de los perjuicios que se le sigan por la tardanza, aun cuando ésta proceda de accidentes imprevistos».

Art. 365.1 Ccom de 1829:

«Cuando la falta de entrega de los efectos vendidos proceda de que hubieren perecido, ó se hubieren deteriorado por accidentes imprevistos sin culpa del vendedor, cesa toda responsabilidad de parte de éste, y el contrato queda rescindido de derecho».

Art. 329 Ccom de 1885:

«Si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos, podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se les hayan irrogado por la tardanza».

Art. 331 Ccom de 1885:

«La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, darán derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito».

Lo cierto es que la confrontación de estos preceptos ya viene de antiguo. MARTÍ DE EIXALÁ destaca la falta de unidad de principios entre el art. 363 Ccom de 1829, que contempla el derecho del comprador a ser resarcido por los daños y perjuicios que le cause «la tardanza» en la entrega aun cuando ésta se deba a un caso fortuito, y el art. 365.1 Ccom de 1829, que no concede dicha reparación en caso de que la destrucción de la cosa no entregada —el autor no alude al deterioro que sí menciona el precepto— se deba también a un caso fortuito⁶⁶².

Dejando de lado los motivos que llevan al legislador a establecer en el art. 363 Ccom de 1829 el remedio resarcitorio aun en caso de una «tardanza» en la entrega no imputable al vendedor⁶⁶³, señala ALCOVER GARAU que, en la medida en que los arts. 363 a 365 Ccom de 1829 tienen por finalidad regular la obligación de entrega y su

⁶⁶² MARTÍ DE EIXALÁ, 1875, p. 187.

⁶⁶³ Señala ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, 1974, p. 271, en nota a pie de página, que «no es fácil determinar la razón que movió a SAINZ DE ANDINO a establecer esta desviación de los principios civiles. Es posible que influyeran en él las ideas de Pardessus sobre el interés del plazo en las obligaciones mercantiles, y concretamente la equiparación entre ejecución tardía e incumplimiento».

incumplimiento cuando se pacta plazo para la misma, el art. 365 Ccom de 1829 constituye una *excepción* al art. 363 Ccom de 1829: «la *ratio* del artículo 365.1 –dice– era determinar que en caso de pérdida o deterioro fortuitos de la cosa el comprador no podía optar entre la resolución o la reparación de los perjuicios *que se siguen de la tardanza*, aunque no sean debidos a culpa del vendedor, sino que se producía inevitablemente una resolución de pleno derecho. *Y ello poco tiene que ver con la [cuestión] del riesgo*»⁶⁶⁴.

Opino que la explicación del autor no es correcta porque lo cierto es que en el art. 365.1 Ccom de 1829 ha quedado plasmado el juego de la antigua doctrina del riesgo en la compraventa. Según se ha planteado la cuestión tradicionalmente, centrándonos en el supuesto de pérdida fortuita, tal pérdida determina la liberación del vendedor de la obligación devenida imposible, quedando pendiente el análisis de la subsistencia o extinción de la obligación del comprador a pagar el precio. Si el riesgo corresponde al comprador en virtud del expediente de distribución del riesgo, debe pagar el precio; si el riesgo corresponde al vendedor, la obligación de pagar el precio también se extingue. En la medida en que el art. 365.1 Ccom de 1829 determina que el riesgo corresponde al vendedor antes de la entrega, el precepto lo articula a través de la «rescisión de derecho» del contrato; resolución automática del contrato, que extingue las dos contraprestaciones. Parece que el legislador opta por recurrir a la denominada *teoría de los riesgos*, distinta a la de la *transmisión del riesgo en la compraventa*, que no causa pocos problemas como en su momento podré explicar⁶⁶⁵.

No obstante, la cuestión de la transmisión del riesgo en la compraventa no solo atañe a la pérdida sino también al deterioro de la cosa y en el art. 365.1 Ccom de 1829 observamos una chocante anomalía pues, al no atender exclusivamente al perecimiento fortuito, sino también al deterioro fortuito, en este último caso también se

⁶⁶⁴ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 155-156. La cursiva es añadida.

⁶⁶⁵ *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

decreta la resolución automática del contrato sin atender a otras consideraciones. A mi entender, ello es síntoma de una concatenación de ideas que se han asumido inalteradas desde tiempos pretéritos: en la medida en que progresivamente se va consolidando la percepción de que *la norma* es la aplicación de la máxima *periculum est emptoris* desde *una perfección* de la compraventa que, también *como norma*, equivale a la conclusión del contrato, no resulta problemático tratar conjuntamente las pérdidas y los deterioros. En efecto, se colige que, *como norma*, el riesgo es del comprador desde la conclusión del contrato y que su obligación a pagar el precio permanece siempre inalterada mientras que el vendedor, en caso de pérdida, simplemente no entregará y, en caso de deterioro, simplemente entregará la cosa deteriorada. El tratamiento del *periculum interitus* y *periculum deteriorationis* se junta para no separarse jamás pues, en el anterior escenario, no son precisas las diferencias.

SAINZ DE ANDINO, en cambio, tiene la habilidad de ver que la cuestión no es tan sencilla; que la *perfección* de la compraventa significa algo más que la mera conclusión del contrato y que habrá casos en que el riesgo corresponda al vendedor. Sin embargo, el jurista no es capaz de escapar a toda la inercia heredada y, al tratar en el art. 365.1 Ccom de 1829 el supuesto del riesgo a cargo del vendedor antes de la llegada del término para la entrega, mantiene lo que tradicional y pacíficamente se ha considerado inescindible: la unión entre la pérdida y el deterioro y la equiparación de las consecuencias que entrañan en cuanto al riesgo. Como resultado, el precepto aplica la rescisión [*rectius* resolución] automática del contrato no solo a un caso de *pérdida a riesgo del vendedor*, sino también un supuesto de *mero deterioro a riesgo del vendedor*, cuando resulta evidente que esta última hipótesis merecía otra solución; pero SAINZ DE ANDINO no la ofrece. Con todo, el porqué de esta situación no creo que se encuentre en la voluntad del legislador por establecer dicho resultado, sino – como decía – en la inercia de asumir sin cuestionamiento la unión de la pérdida y deterioro y sus consecuencias en orden al riesgo.

Sea como fuere, en este momento me compete insistir que, al contrario de lo que opina ALCOVER GARAU, el art. 365.1 Ccom de 1829 sí que tiene por objeto la regulación del riesgo.

Si volvemos sobre las explicaciones del autor transcritas unos párrafos más arriba, observamos que, a su parecer, el art. 363 Ccom de 1829 tiene por objeto permitir al comprador la opción entre la resolución o el rescaramiento ocasionados por «la tardanza» en la entrega, aunque dicha tardanza sea fortuita, mientras que el art. 365.1 Ccom de 1829 no le permite optar entre la resolución o la reparación de los perjuicios *«que se siguen de la tardanza»*. El art. 363 Ccom de 1829, en efecto, sí plantea el supuesto de la tardanza en la entrega. El art. 365.1 Ccom de 1829, en cambio, no atiende a ningún tipo de tardanza; tan sólo contempla el supuesto de que la entrega no va a tener lugar porque el precepto determina, a la hora de tratar la cuestión del riesgo, la resolución automática del contrato en caso de pérdida fortuita y extrañamente, como se acaba de ver, en caso de deterioro fortuito. Observamos que estos preceptos barajan supuestos de hecho distintos y tienen finalidades diferentes, por mucho que su comparativa permita a los autores mostrar su extrañeza o resaltar que, tratando ambos artículos la incidencia del caso fortuito en la prestación del vendedor, el primero permita la reparación de los daños y el segundo no.

No obstante, tal y como evidencia la lectura conjunta de los arts. 363 y 365.1 Ccom de 1829 y los arts. 329 y 331 Ccom de 1885, ambos preceptos son modificados; otorgándose un nuevo cariz al art. 331 Ccom en sede del incumplimiento de la obligación de entrega. El legislador comenta las razones de la reforma en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 1882:

«Otro de los puntos a que se refieren las modificaciones adoptadas es el que fija la doctrina legal acerca de la falta de cumplimiento del contrato de compraventa por parte del vendedor o del comprador, que en el Código actual aparece poco conforme con los principios jurídicos, dando lugar a dudas y cuestiones en la práctica. Como resultado de estas modificaciones, y de conformidad con los principios

jurídicos sobre el contrato de compraventa, se concede al comprador el derecho de pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato cuando el vendedor no entregare la cosa vendida en el plazo estipulado⁶⁶⁶ [...]; convirtiéndose en voluntaria, a instancia del mismo comprador, la rescisión forzosa que impone el Código vigente cuando se perdieren o deterioraren las mercancías antes de su entrega sin culpa del vendedor»⁶⁶⁷.

Pues bien, las explicaciones del legislador son, hasta cierto punto, enigmáticas. Por lo que se refiere a la modificación del art. 329 Ccom, la novedad no consiste –aunque así lo diga la Exposición de Motivos del Proyecto– en conceder al comprador el derecho de pedir el cumplimiento o la rescisión en caso de «tardanza» en la entrega; pues del art. 363 Ccom de 1829 se deduce que ya contaba con tales remedios⁶⁶⁸. Los cambios son otros. Por un lado, se permite al comprador optar entre solicitar la resolución y exigir el cumplimiento con derecho a instar el resarcimiento de los daños en ambos casos⁶⁶⁹. Por otro lado, se suprime el inciso final «aun cuando ésta [la tardanza] proceda de accidentes imprevistos» sin ningún tipo de explicación; lo cual ha dado lugar a diferentes interpretaciones.

Por lo que se refiere al art. 331 Ccom, se suprime la «rescisión forzosa» del contrato –que el legislador de 1829 aplicaba, al tratar el antiguo expediente del riesgo en la compraventa, en un caso de riesgo a cargo del vendedor– y se concede al comprador el remedio resolutorio. La reforma –en atención a esa vaga referencia en la Exposición de Motivos a la poca adecuación de la regulación de la falta de cumplimiento de la compraventa con los principios jurídicos y

⁶⁶⁶ Modificación referida al art. 329 Ccom.

⁶⁶⁷ Modificación referida al art. 331 Ccom.

⁶⁶⁸ En efecto, si el art. 363 Ccom de 1829 permite al comprador solicitar la resolución del contrato en caso de «tardanza»; parece claro que si no opta por esta vía es porque quiere que el contrato se cumpla.

⁶⁶⁹ Dado que el art. 363 Ccom de 1829 contraponía la resolución, por un lado, y el derecho al resarcimiento, por otro, cabría preguntarse si el legislador de 1829 estaba pensando que, en algún caso de «tardanza» en la entrega, ambos remedios eran incompatibles.

las dudas que se producen en la práctica— posiblemente se debe a que el legislador se percató de que la «rescisión de derecho» *ope legis* del contrato sancionada por el art. 365.1 Ccom de 1829 —acaso como expresión en la compraventa de la controvertida *teoría del riesgos*⁶⁷⁰— era una solución demasiado rígida; rigidez a través de la cual difícilmente se canaliza la salvaguardia de los intereses de las partes en una compraventa que *típicamente recae sobre géneros*. Y esta última apreciación es importante porque si el art. 331 Ccom está contemplando un supuesto en que «el riesgo» corresponde al vendeodor, es evidente que el juego de la máxima *genus numquam perit* obliga a distinguir, según los casos, si ese «riesgo» a cargo del vendedor lo es en sentido económico o técnico-jurídico y sus distintas consecuencias; cuestiones que explico en su momento⁶⁷¹. Quizás el precepto esté contemplando una pérdida total del género, como digo más adelante, en atención a los antecedentes de los Códigos de 1829 y 1885 que al final de este apartado menciono. Sea como fuere, la modificación legal del art. 331 Ccom mantiene la anomalía heredada de su antecedente —esto es, la irreflexiva unión de la pérdida y el deterioro fortuitos y las consecuencias jurídicas que conllevan— y permite la resolución no sólo en caso de pérdida sino también de mero deterioro sin atender aparentemente a mayores condicionamientos. Ello tiene reflejo también en el art. 335 Ccom⁶⁷².

La presencia del remedio resolutorio en la clásica parcela del riesgo en la compraventa pone en evidencia el importante asunto de la relación de dicha doctrina con el incumplimiento; conexión por la que estas cuestiones que no se encuentran tan separadas como tradicionalmente se ha querido ver. El art. 331 Ccom ofrece elementos a tener en cuenta no sólo en el ámbito del art. 333 Ccom, sino también en la intrincada relación que existe entre los arts. 1124 y 1452 Cc. Sea como fuere, y sin perjuicio de tratar estas cuestiones a su debido tiempo⁶⁷³, ahora me

⁶⁷⁰ Vid. Capítulo 5, II, 1, A).

⁶⁷¹ Vid. Capítulo 3, II, 1.

⁶⁷² Art. 335 Ccom: «Si los efectos vendidos perecieren o se deterioraren a cargo del vendedor, devolverá al comprador la parte del precio que hubiere recibido».

⁶⁷³ Vid. Capítulo 5, II, 1.

interesa destacar que la misma comparativa que establece ALCOVER GARAU entre los arts. 363 y 365.1 Ccom de 1829, la realiza unos años antes MENÉNDEZ respecto de los art. 329 y 331 Ccom. Y si bien he explicado que el ámbito de aplicación de los arts. 363 y 365.1 Ccom de 1829 está claramente deslindado, entre los actuales arts. 329 y 331 Ccom se podría presentar algún solapamiento y descompás.

En la medida en que MENÉNDEZ entiende que el término «tardanza» del art. 329 Ccom «se refiere sencillamente al hecho objetivo de no haberse realizado la prestación dentro de plazo⁶⁷⁴», concediéndose en tal caso al comprador la facultad de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con derecho a la reparación en ambos casos, el autor considera que el art. 331 Ccom viene a atenuar o limitar el derecho del comprador a la resolución de la compraventa sin que proceda en ningún caso la indemnización. A su entender, este papel atenuante del art. 331 Ccom se justifica dado que «en algunos casos entrarán en función los dos preceptos citados; como por ejemplo puede pensarse en el supuesto de pérdida anterior a la entrega que impide efectuar ésta en el plazo estipulado»⁶⁷⁵.

En efecto, es posible que la pérdida y el deterioro fortuitos del art. 331 Ccom conlleven una tardanza respecto del momento en que debería haberse realizado la entrega a término, de la misma forma que, en el ámbito del art. 329 Ccom, cabe plantear que después de una tardanza fortuita en la entrega tenga lugar dicha pérdida o deterioro fortuitos; produciéndose así solapamientos entre ambos preceptos. Una solución, un tanto formalista, pasaría por considerar que, en el ámbito del art. 331 Ccom, la pérdida o el deterioro fortuitos anteriores a la entrega dejan inoperante el art. 329 Ccom y la trascendencia jurídica de la posterior tardanza, mientras que en el ámbito de este último precepto, la tardanza fortuita en la entrega deja inoperante el art. 331

⁶⁷⁴ El autor reproduce así la opinión de GARRIGUES, 1956, p. 92; para quien «“tardanza” no significa aquí mora del deudor en sentido técnico (retraso culpable)». En este sentido, LANGLE Y RUBIO, 1958, p. 71; URÍA, 1958 (2000), p. 641.

⁶⁷⁵ MENÉNDEZ, 1951, p. 253.

Ccom. No obstante, ello no justifica por qué, contemplando ambos preceptos eventos fortuitos que determinan el incumplimiento de la prestación del vendedor, tanto el art. 329 como el art. 331 Ccom contemplan el remedio resolutorio, pero tan sólo el primero y no el segundo concede el remedio resarcitorio según se suele afirmar. Algunos autores solucionan este descompás argumentando que el remedio resarcitorio del art. 329 Ccom sólo se contempla en caso de tardanza culposa⁶⁷⁶.

Sea como fuere, según estamos viendo, nadie pone en duda que el art. 331 Ccom excluye el remedio resarcitorio y quizás esta aproximación pueda ser revisada. A mi entender, cabría hacer dos lecturas del precepto.

Si, en efecto, el art. 331 Ccom quiere excluir el remedio resarcitorio, no se trata, como dice MENÉNDEZ, de que el precepto represente una limitación al art. 329 Ccom, sino de ratificar que el vendedor no responde del caso fortuito; para lo cual, teniendo presente que el precepto se aplica típicamente a la compraventa de géneros, habría que entender –como decía antes– que la norma contempla un supuesto de pérdida total porque, en otro caso, la regla *genus numquam perit* ensancharía su esfera de responsabilidad⁶⁷⁷. El precepto, así leído, relaciona la cuestión del riesgo con la responsabilidad en sentido lato, precisamente porque el riesgo está a cargo del vendedor, pero veda el tratamiento de la responsabilidad del

⁶⁷⁶ ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, 1974, pp. 271-272, repara en la supresión del inciso final «aun cuando ésta [la tardanza] proceda de accidentes imprevistos» del art. 363 Ccom de 1829 en el actual art. 329 Ccom y señala lo siguiente: «como siempre sucede ante la supresión de un texto legal, al intérprete se le ofrece la alternativa de entender que se estimó innecesaria [dicha coletilla final], o bien, por el contrario, entender que por cualquier otra causa se quiso variar de criterio manteniendo la necesidad de la culpa en caso de mora de acuerdo con la regla del Derecho común. Es ilógico pensar en la innecesariedad del inciso final. Al ser distinto el concepto de mora en el Derecho civil y en el Código de comercio de 1829, es obvio que sólo de modo expreso se puede mantener la excepción en la segunda codificación mercantil». Añade el autor que, para evitar contradicciones entre los arts. 329 y 331 Ccom, es aconsejable «interpretar el término *tardanza* con inclusión entre sus elementos de la culpa del vendedor». Le sigue ALCOVER GARAU, 1991, p. 157, en nota a pie de página.

⁶⁷⁷ *Vid.* Capítulo 3, II, 1.

vendedor en sentido estricto. Otra posibilidad sería entender que el artículo, en efecto, recae sobre compraventa de géneros, pero que solo está contemplando uno de los posibles remedios a favor del comprador sin perjuicio de que la regla *genus numquam perit* ensanche su esfera de riesgo y pueda abrir, a favor del comprador, otros remedios como la pretensión de cumplimiento o el resarcitorio. Creo que la discusión sobre la relación de los arts. 329 y 331 Ccom está excesivamente marcada por su precedente.

Dicho todo esto –tal y como adelantaba unas líneas más arriba–, el art. 331 Ccom recoge un supuesto en que «el riesgo» corresponde al vendedor no tanto hasta el momento de la entrega sino, de forma más exacta, hasta el momento en que la entrega debería tener lugar. En efecto, el precepto contempla el caso de que el comprador no se presente en la fecha acordada; impidiéndole a partir de ese momento que recurra al remedio resolutorio. Por eso el art. 331 Ccom hace mención al art. 339 Ccom y a esa figura del vendedor-depositario: el legislador quiere resaltar que, llegado el término para la entrega, el vendedor ya no responde por la pérdida y deterioro fortuito. En realidad, la alusión al art. 339 Ccom, el cual nos lleva de nuevo al art. 332 Ccom, muestra que, para el legislador, la llegada del término sin entrega, al igual que el transcurso de los diez días que se concede al comprador en el ámbito del art. 333 Ccom, determina la *mora accipiendi* o el incumplimiento del comprador de sus obligaciones y la apertura, a favor del vendedor, del sistema de remedios.

Antes de finalizar el presente apartado, querría aportar una serie de datos históricos que, por un lado, corroboran que el art. 331 Ccom se encamina a regular compraventas con entrega a término y, por otro lado, refuta esa idea tan recurrente de que el precepto está pensado para supuestos de entrega inmediata tras la celebración del contrato⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ Esta es la impresión –según expliqué en el Capítulo 1, III, 1– de SOTO NIETO, 1965, p. 326, y ALONSO PÉREZ, 1972, p. 426. También MENÉNDEZ, 1951, p. 255, incurre en este error: después de ofrecer su interpretación sobre el art. 331 Ccom en relación con el art. 329 Ccom, sostiene que el primer precepto puede tener incidentalmente relación con la cuestión del riesgo en la compraventa. El autor dice lo siguiente: «puede suceder, y de hecho sucede, en no

Entre los distintos materiales que dispone SAINZ DE ANDINO para la redacción del Código de comercio de 1829, se encuentran las Ordenanzas de Bilbao de 1737; cuyo Capítulo XI está centrado en la regulación de ciertos aspectos relativos a la compraventa. Después de una serie de previsiones relativas a la forma y prueba no sólo de dicho contrato sino también de toda clase de «contratas»⁶⁷⁹ (Núms. I a VII), se establecen otras disposiciones centradas en la compraventa sobre muestras o en atención a la calidad o cantidad de los géneros (Núms. VIII a XI); normas cuya lectura denota su relación directa con los arts. 361 y 362 Ccom de 1829 y actuales arts. 327 y 328 Ccom. Pero a lo que aquí interesa, opino que en dichas disposiciones encontramos los antecedentes de los arts. 365.1 Ccom de 1829 y 331 Ccom de 1885.

En efecto, y según se lee, en aquellas compraventas de «generos que deban venir por Mar, ó Tierra, estará el vendedor obligado á la entrega de todos los efectos, *dentro del tiempo en que se hubiere convenido*» (Núm. VIII) y «si al tiempo de entregarlos, ó despues de haverlos recibido, se reconociere no corresponder en calidad, ó cantidad á lo estipulado en materia substancial, y este defecto no proviniere de fraude del comprador, ó vendedor, *quedará disuelta la negociacion, como si no se hubiese celebrado*; y bolviendosele los generos al vendedor, estará este obligado á restituir al comprador el dinero [...]» (Núm. X)⁶⁸⁰. Esta última precisión parece el antecedente del art. 335 Ccom actual.

pocas ocasiones en las “ventas en plaza” que antes de la entrega no ha habido “puesta a disposición”. En este caso entra en juego el artículo 331, de tal suerte que la transferencia del riesgo, siendo simultáneos ambos actos, tiene lugar en el momento de la entrega». Sospecho que las explicaciones del autor barajan un supuesto de compraventa en plaza en que la conclusión y la ejecución del contrato se llevan a cabo de forma seguida; casos para los cuales, como he explicado en su momento, no están pensadas las disposiciones sobre el riesgo en la compraventa.

⁶⁷⁹ Así lo remarca RUBIO, 1950, p. 152. No obstante, las disposiciones del Capítulo XI de las Ordenanzas de Bilbao no son tan escasas ni de contenido tan general como opina el autor.

⁶⁸⁰ El supuesto se diferencia del caso en que exista «fraude» del vendedor o del comprador: «si se reconociere que la diferencia en la calidad, ó cantidad de los generos contratados [...] resulta del vendedor, estará éste obligado á cumplir el ajuste, segun sus circunstancias, y á indemnizar al comprador de todos los daños, y perjuicios, asi como si se hallase que el fraude

A mi entender, es evidente la cercanía que existe entre las Ordenanzas de Bilbao, el art. 365 Ccom 1829 y, por extensión, el art. 331 Ccom actual: todas estas previsiones tratan la cuestión del riesgo en la compraventa aunque, obviamente, se puedan apreciar diferencias entre las mismas. En particular, no nos debe hacer dudar de esta conexión el hecho de que las Ordenanzas aludan a un supuesto en que la entrega ya ha tenido lugar, mientras que los arts. 365.1 Ccom de 1829 y 331 Ccom de 1885 se centren en un caso de pérdida o deterioro fortuitos anteriores a la entrega. Existen supuestos en que se producen alteraciones en la cosa que, si bien no afectan a su existencia material, la dejan impropia para la finalidad para la que fue comprada; lo cual equivale a un caso de pérdida total que también tiene cabida en el art. 331 Ccom. Un ejemplo podría ser la *mutatio vini* que explica ALONSO PÉREZ con relación a las fuentes⁶⁸¹.

Del mismo modo, tampoco es un impedimento para ver en las Ordenanzas de Bilbao los antecedentes del art. 331 Ccom el hecho de que aquéllas atiendan al riesgo en compraventas de «géneros a venir por Mar, ó Tierra» mientras que, según he explicado, el Código de comercio regula el riesgo en la compraventa de ejecución en plaza. *Grosso modo*, debemos tener en cuenta que las Ordenanzas de Bilbao son tributarias de un tiempo en que los propios «comerciantes» son quienes se encargan del transporte de las mercancías hasta los centros de distribución, típicamente puertos y plazas, a donde se desplazan los compradores; escenario que, por razones en las que no puedo entrar, comienza a mudar a mediados del siglo XIX por una serie de cambios económicos y técnicos –particularmente, la consolidación del

le cometió el comprador después que recibió los géneros, deberá cumplir con aquello á que se obligó en la contrata [...]» (Núm. XI).

⁶⁸¹ ALONSO PÉREZ, 1961, pp. 377-378: Cuando el vino se agria o enmohece origina una sustancia distinta, variando así el objeto del contrato y su utilidad: «el que compra vino, lo compra para servirse de él según su finalidad específica. Al agriarse, ésta desaparece, y como tal mercancía, no tiene razón de ser. *Vinum mutatum* = vino cambiado, lógicamente, igual a agriado, es decir, perdido como tal vino en cuanto a su naturaleza intrínseca y en cuanto a su finalidad». Ya APPLETON, 1927, p. 221, afirma con carácter general que un deterioro que deja la cosa impropia para la finalidad para la que fue comprada equivale a un caso de destrucción total.

maquinismo— que promueven la aparición de otro tipo de compraventa a distancia en que el riesgo durante el transporte recae sobre el comprador⁶⁸². De hecho, quizás en este dato del transporte subyace en las Ordenanzas una comprensión del género vendido como *limitado* al transportado; de ahí lo factible de contemplar su pérdida total, apartar la máxima *genus numquam perit* y que el legislador de 1885 siguiese contemplando el supuesto de hecho regulado en el art. 331 Ccom como un caso de pérdida total y fortuita que, a riesgo del vendedor, solo concede al comprador el remedio resolutorio y no mayor responsabilidad que, en su caso, podría articularse a través de la citada máxima. Aunque como he dicho, también cabría admitir otra lectura del precepto.

Finalmente, tampoco debemos ver en las Ordenanzas de Bilbao apoyo alguno para reavivar la discusión sobre si la regulación del riesgo en la compraventa del Código de comercio está inspirada y tiene sus orígenes en principios legales distintos a los del art. 1452 Cc. Las previsiones de las Ordenanzas atribuyen el riesgo al vendedor hasta la entrega «*dentro del tiempo en que se hubiere convenido*» con el interés de que el vendedor peche en todo caso con el riesgo durante el transporte. Casi ciento cincuenta años después, estas disposiciones ven la luz a través del art. 331 Ccom; el cual se sustrae del concreto contexto al que dichas previsiones respondían, atiende ahora a las compraventas con entrega a término y en plaza, y se coordina con el art. 333 Ccom en la forma ya explicada. Pero no pensemos que se trata de la armonización de dos normas asentadas sobre fundamentos diferentes. En el Capítulo XI de las Ordenanzas de Bilbao late el acervo romano de la *emptio perfecta* pero adaptado al específico contexto comercial que regula; de ahí que se diga que el vendedor debe «*perficionarle* [la compraventa al comprador] con la entrega de los efectos contratados» (Núm. XII).

⁶⁸² Interesantes aportaciones históricas y técnico-jurídicas sobre la evolución del comercio a distancia en MENÉNDEZ, 1954, *passim*, y GIRÓN TENA, 1958, *passim*; los autores hacen especial mención al comercio marítimo.

IV. PUESTA A DISPOSICIÓN COMO CRITERIO PARA TRANSMITIR EL RIESGO ANTES DE LA ENTREGA

Si recordamos brevemente las obligaciones que el régimen dispositivo del Código civil impone al vendedor, dispone el art. 1461 Cc que este tiene que entregar la cosa y proceder a su saneamiento por los vicios ocultos y en caso de evicción; no sanciona una obligación de transmitir la propiedad –herencia romana– aunque a través de distintos razonamientos se llegue, por un sector, a admitirla⁶⁸³. Además, el art. 1468.I Cc establece la obligación de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Y sobre la base de la primera y la última de las obligaciones señaladas, opera el expediente de la transmisión del riesgo desde el momento de la *perfección* del contrato, *rectius* puesta a disposición de la cosa *ex* arts. 1452 Cc y 333 Ccom: el vendedor no cumplirá su obligación de entrega (pérdida fortuita) o su obligación de entregarla en el estado en que se hallaba en el momento de la puesta a disposición (deterioro fortuito), pero el comprador ha de pagar el precio aunque no vea satisfecho su crédito (art. 1157 Cc⁶⁸⁴); no se le permite reaccionar frente al incumplimiento, esto es, recurrir a *algún* remedio que el fragmentado sistema de responsabilidad que presenta la legislación decimonónica codificada acaso le podría ofrecer.

Y de lo dicho se deriva, a mi entender, dos ideas muy sencillas.

Por un lado, la existencia de específicas normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa se justifica precisamente porque a pesar de que el vendedor incumple, a pesar de que el vendedor no

⁶⁸³ *Vid.* Capítulo 4, IV.

⁶⁸⁴ Art. 1157 Cc: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía». Señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1993, pp. 163-164, que el precepto no solo se preocupa por la posible extinción de la obligación como consecuencia del pago, «sino que implícitamente acoge un concepto muy amplio de aquél en el que lo único que interesa es que se produzca la satisfacción del acreedor»; aspecto esencial del pago o cumplimiento –dice el autor– al que sin duda se vuelca el art. 1157 Cc. Alude el autor a la exactitud de la prestación: integridad, identidad, cumplimiento en tiempo y lugar debidos y en modo de realización de la obligación.

entrega o no entrega la cosa en el estado en que se encuentra en el momento de la puesta a disposición, el comprador no puede acudir a ningún remedio. Solo es posible hablar de transmisión del riesgo en este contexto. Esto es lo da sentido a la existencia de este especialísimo expediente que nace en la compraventa de ejecución en plaza del vendedor.

Por otro lado, la segunda idea es que no tiene sentido articular particulares normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa cuando se sitúa la supuesta «transmisión del riesgo» en el momento previsto para el cumplimiento de las obligaciones concernidas: decir que la «transmisión del riesgo» tiene lugar cuando el vendedor entrega la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato es una reflexión que sobra, una tautología que no aporta nada y se convierte en una mera duplicidad a la afirmación de que el vendedor, en efecto, ha cumplido o que, hasta que cumpla habrá de responder.

A partir de esta segunda idea estructuro mi cuestionamiento de las particulares normas sobre transmisión del riesgo que existen en los arts. 66 y ss. CVCIM y, bajo su influencia, en diversos textos jurídicos de moderna factura. Como tendré ocasión de explicar, son normas que indirectamente nos están diciendo qué es cumplir y que no responden a la *verdadera lógica* de las antiguas normas sobre transmisión del riesgo que se acaba de exponer ni al sistema de responsabilidad contractual en que se incardinan⁶⁸⁵. Y aunque adelantaré ciertas reflexiones en este apartado, primero procede intentar que se comprenda el fundamento de la disciplina de la transmisión del riesgo de los códigos decimonónicos españoles. Las normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa tienen sentido –decía– en la medida en que, ante un incumplimiento del vendedor, al comprador insatisfecho no se le permite reaccionar; se le impide remediar. La pregunta que debemos hacernos es por qué. Y aquí hay que barajar dos ingredientes. Lo cierto es que mucho he adelantado hasta el

⁶⁸⁵ *Vid.* Capítulo 4.

momento al referirme a las distintas interpretaciones que se han hecho del art. 1452 Cc.

No me cabe la menor duda de que la existencia de este especialísimo expediente está vinculada con la importancia que la culpabilidad ha tenido como ingrediente estructural de la propia noción de incumplimiento y la impronta que ha dejado en sus normas; impronta que se ha ido superando con la progresiva objetivación del incumplimiento, como bien demuestra la lectura que actualmente se hace del remedio resolutorio recogido en el art. 1124 Cc o la responsabilidad por daños y perjuicios del art. 1101 Cc⁶⁸⁶. Pero el art. 1452 Cc sigue ahí intocado; reducto anómalo y arrinconado o –mejor dicho– sin aparente trascendencia en la práctica, como enseguida explico, aunque *de lege data* es lo que es: una especialidad en el contrato sinalagmático por excelencia que, en cierta medida, contraría la esencia bilateral de la compraventa.

A mi entender, estamos ante la presencia de una aplicación del *favor debitoris*; principio que informaría una comprensión del incumplimiento tradicional, que pone el acento sobre el comportamiento desplegado por el deudor más que sobre la insatisfacción del acreedor⁶⁸⁷. Por eso la doctrina y también el legislador mercantil, según hemos visto, recurren a esa ficción del vendedor-depositario: no solo se quiere liberar al vendedor por la pérdida y deterioros fortuitos, sino que se busca *que no responda, en sentido amplio, de su incumplimiento*; esto es, se impide que el comprador pueda acudir a algún remedio⁶⁸⁸. De ahí la tradicional idea de que «el comprador tiene que pagar» que se ha generalizado hasta extremos improcedentes y ha otorgado a esta disciplina un cariz de total irracionalidad. Se protege al vendedor diligente, al que conserva

⁶⁸⁶ Vid. Capítulo 5, 2, C).

⁶⁸⁷ Introducción, II.

⁶⁸⁸ JUÁREZ TORREJÓN, 2013, p. 3830, reflexiona que el art. 1452 Cc no excluye que exista incumplimiento por el vendedor, sino todo lo contrario: lo presupone para excluir la consecuencia que, de otro modo, resultaría aplicable. El autor está pensando en la resolución del contrato.

y cuida la cosa *ex art.* 1094 Cc⁶⁸⁹, como viene a expresar con toda claridad el párrafo primero de la Ley 569 CDCFN al tratar la cuestión del riesgo en la compraventa⁶⁹⁰. Pero, como decía, la figura del vendedor-depositario es una ficción y sostener lo contrario no es posible: el comprador no paga para que el vendedor cuide la cosa, sino para recibirla en el estado en que se hallaba en el momento de la *perfección* del contrato⁶⁹¹; en el momento de la puesta de la cosa a disposición del comprador.

Hilamos así el primero con el segundo ingrediente sobre el que se estructura la disciplina de la transmisión del riesgo. Son dos las

⁶⁸⁹ Art. 1094 Cc: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia». La manifestación del principio *favor debitoris* se me antoja evidente en este precepto. Respecto a su parejo, el art. 1005 del Proyecto de Código civil de 1851, dice GARCÍA GOYENA 1852 (1974), p. 538: «Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale á renunciar abiertamente ña la justicia y á la delicadeza». En sede del contrato de compraventa, CLEMENTE DE DIEGO, 1930, p. 163, dice que es obligación del vendedor guardar o conservar la cosa e hila tal obligación para exponer a continuación el art. 1452 Cc y la regla *periculum est emptoris* (pp. 164-154).

⁶⁹⁰ Ley 569 CDCFN: «Riesgos. Perfeccionada la venta, debe el vendedor custodiar diligentemente la cosa vendida hasta su entrega y avisar al comprador de los posibles riesgos; responderá de la pérdida o daños causados por su negligencia en el cumplimiento de esta obligación. Todos los demás riesgos serán a cargo del comprador, aunque este no haya incurrido en mora para aceptar la entrega. En caso de mora del comprador, el vendedor no queda obligado a entregar sino lo que subsista de la cosa vendida».

⁶⁹¹ Reflexiona GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 230-231, que aunque el art. 1468 Cc calla al respecto, está de acuerdo la doctrina en imponer al vendedor un «deber accesorio» de custodia conforme establece con carácter general el art. 1094 Cc. Dice el autor: «Obsérvese que esta obligación de conservar recae sobre el vendedor en el período de tiempo comprendido entre la perfección y la entrega [...]. Tal obligación de custodia no parece constituir una obligación autónoma (en otro caso convertiría al vendedor en depositario de la cosa propia), sino que constituye uno de los aspectos del contenido de la obligación de entrega. Cabe, no obstante, que, vencido el plazo para la entrega, y no pudiendo el comprador hacerse cargo de la cosa vendida, pacte con el vendedor que continúe en su poder en calidad de depósito; en tal hipótesis desaparece la obligación accesoria de custodia y nace una autónoma relación de depósito voluntario». También contrario a considerar al vendedor como depositario, DíEZ-PICAZO, 2010, p. 94. Por su parte, PUIG BRUTAU, 1982, p. 166, reflexiona que la obligación de conservación es accesoria a la entrega, no un requisito necesario para que la entrega se entienda por cumplida. *Vid.* también JUÁREZ TORREJÓN, 2013, p. 3827; quien remarca que pensar de otro modo sería sostener que el acreedor de la prestación se obliga a pagar para obtener un deber de conducta del deudor dirigido a un bien, pero no por el bien en sí.

obligaciones accesorias sobre las que se desenvuelve: la conservación de la cosa con la diligencia de una persona razonable y su puesta a disposición en la plaza del vendedor para que el comprador la recoja.

A mi entender, en el sistema codificado no existe una predisposición a transmitir el riesgo al comprador antes de la entrega ni mucho menos, tal y como he concluido al leer conjuntamente los arts. 1452 Cc y 333 Ccom, por la mera conclusión del contrato. Tampoco se trata –en un sistema en el que el incumplimiento presenta tintes subjetivistas– de proteger *sin más* al vendedor diligente en la conservación del bien y que además lo demuestre, en la medida en que la aplicación del art. 1183 Cc⁶⁹² en la compraventa conlleva presumir que la pérdida o deterioro de la cosa se produce por culpa del vendedor y no por caso fortuito mientras la tenga en su poder; previsión a través de la cual el legislador se habría preocupado de mitigar la imputación del riesgo al comprador⁶⁹³. El sistema requiere que el vendedor *desplique conducta prestacional*; que, a través de la puesta a disposición, la cual ha de reunir los requisitos ya explicados, realice toda la actividad necesaria para alcanzar el resultado previsto: la entrega de la cosa en el estado cualitativo en que se hallaba en aquel momento. A través de la puesta a disposición, el vendedor llama al comprador al cumplimiento, la cooperación y el intercambio de las contraprestaciones; lo cual no puede tener lugar sin su participación –recuérdese– en la medida en que las reglas sobre transmisión del riesgo se articulan a la vista de una entrega concebida material y bilateralmente⁶⁹⁴.

La transmisión del riesgo es pues un llamamiento al cumplimiento: busca espolear a las partes para que cumplan el contrato; busca evitar

⁶⁹² El art. 1183 Cc establece lo siguiente: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096».

⁶⁹³ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 305.

⁶⁹⁴ Dice ALCOVER GARAU, 1991, p. 164, con relación al art. 333 Ccom: «el legislador mercantil estima justo que ya que el vendedor ejecuta o, mejor aún, está ejecutando en fase de cumplimiento de su obligación de entrega todo lo que se le puede exigir sin la cooperación del comprador, desde que empieza tal situación no debe ya responder por la pérdida o los deterioros fortuitos».

toda posible paralización del vendedor o del comprador bajo la amenaza de que, hasta que se cumpla el contrato, el riesgo de la contraprestación puede recaer sobre uno u otro contratante.

Con la puesta a disposición, ofrecimiento del vendedor al cumplimiento viable, máxima exteriorización por su parte de que está listo para proceder al intercambio aquí y ahora, se produce la transmisión del riesgo al comprador. Y esta idea, en mi opinión, es donde deben ser reconducidas todas aquellas ficciones con las que se trata de justificar la nunca del todo bien comprendida disciplina de la transmisión del riesgo antes de la entrega⁶⁹⁵. Con el llamamiento al comprador, el vendedor que hace todo cuanto está en su mano para cumplir el contrato espera al comprador con el riesgo sobre este último, quien sabe que el bien –los bienes– están puestos a su disposición para ser retirados y puede ir cuanto antes⁶⁹⁶; espera obligada que no representa ningún tipo de retraso como bien refleja, según se ha explicado, el juego de los art. 337 y 62 Ccom al moderar la «exigibilidad desde luego» del cumplimiento de las obligaciones. El vendedor llama al comprador y ha de esperarle. No es que este se retrase –como venía a reflexionar DE COSSÍO Y CORRAL– sino que está yendo; está recorriendo un camino ya exento de obstáculos para el cumplimiento. La idea de este autor entra en juego en un segundo momento: son los prolegómenos de la mora del comprador⁶⁹⁷; caso en

⁶⁹⁵ Recuerdo algunas: la transmisión del riesgo tiene lugar «como si» la compraventa se ejecutase en el momento de su conclusión, «como si» en efecto la cosa se hubiese entregado, «como si» el vendedor fuese depositario de la misma, «como si» la cosa se encontrase en cierta manera en el patrimonio del comprador pero sin llegar a afirmar que, en efecto lo está, *res perit ei cui adquiretur*, etc.

⁶⁹⁶ Apela SOTO NIETO, 1965, p. 164, a la «posibilidad de acortamiento» que tiene el comprador, una vez que se alcanza el estadio de la *emptio perfecta*, para eliminar el tiempo que media hasta la efectividad de la *possessio*. El autor considera al comprador «un verdadero *dominus negotii*»; aunque en su discurso hace alusiones a la pasibilidad e inejercicio del comprador que mantienen la situación de la *emptio perfecta*. Apreciaciones, cercanas a las de DE COSSÍO Y CORRAL, que no comparto.

⁶⁹⁷ Como explica CARRASCO PERERA, 2017, p. 883, en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, si la parte contractual se halla a la vez en mora de acreedor y mora de deudor (por ejemplo, porque al no ofrecer el cumplimiento de lo que debe tampoco puede

que el comprador soporta el riesgo por moroso, pero no por aplicación de la disciplina de la transmisión del riesgo⁶⁹⁸.

Y como decía, no existe una predisposición a transmitir el riesgo al comprador antes de la entrega; no hay un verdadero interés en hacer pechar con el riesgo al comprador; lo cual, como evidencia el ya estudiado art. 331 Ccom, es apreciable en el supuesto en que las partes hayan acordado un término para la entrega⁶⁹⁹. Aquí no hay transmisión del riesgo y las partes ya saben a qué atenerse; cuáles son los pasos que han de seguir para el cumplimiento. La disciplina de la transmisión del riesgo viene a «rellenar» lo que el contrato no ha dispuesto: cuáles son las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la ejecución del contrato. Por lo tanto, se configura como una especie de última *ratio* cuando las partes no han precisado con exactitud el momento en que han de proceder a cumplir.

La disciplina de la transmisión del riesgo mira a la entrega: tiene vocación de que se cumpla el contrato y no ha de considerarse anómalo que el estudio realizado muestre que la transmisión del riesgo, en realidad, se aproxima mucho al momento de la entrega o que, directamente, no tenga sentido plantearse la cuestión en innumerables contratos que se precipitan directamente al cumplimiento. Lo anómalo es lo contrario: esa idea no del todo bien comprendida conforme a la cual el riesgo es del comprador desde la perfección/conclusión del contrato sin más paliativos que una lista más o menos larga de excepciones. He explicado que la disciplina de la transmisión del riesgo surge en un contexto comercial; en una dinámica de cooperación entre las partes que han de recorrer para alcanzar el cumplimiento: no es rígida y automática, sino flexible y articulada con un ánimo de adaptarse a las circunstancias del caso concreto.

recibir la oferta que la otra parte le hace), es preferible entender que los efectos de la mora *debitoris* absorben los de la mora *creditoris*.

⁶⁹⁸ CASTILLA BAREA, 2001, p. 410.

⁶⁹⁹ *Vid.* Capítulo 3, VII.

Y con lo dicho, creo que se ve con claridad la imagen que he intentado construir a lo largo de las anteriores páginas: la aplicación de doctrina de la transmisión del riesgo no solo *opera en un ámbito muy restringido* –por mucho que hayamos heredado una imagen magnificada de la misma frente a la que se reacciona con estupor dado que quebranta los principios más básicos de la bilateralidad contractual– *sino que es de difícil triunfo*. En efecto, la doctrina de la transmisión del riesgo opera en un momento muy cercano a la entrega y el intercambio simultáneo de las contraprestaciones, el vendedor ha de desplegar conducta prestacional –*hacer todo lo que le incumbe para cumplir*–, esperar al comprador adecuadamente advertido de la puesta a disposición para el cumplimiento, conservar diligentemente la cosa –las cosas– objeto del contrato y, de darse el caso, probar que la pérdida y deterioro no se deben a su culpa; presunción establecida en el art. 1183 Cc y acaso indestructible. De ahí que se haya criticado la regla *periculum est emptoris* no tanto por la injusticia que tradicionalmente la rodea, sino por los resultados contrafácticos a los que conduce: la dificultad de probar el caso fortuito⁷⁰⁰.

En efecto, cabe preguntarse dónde se encuentran todos esos casos que, en una aplicación de la injusta disciplina de la transmisión del riesgo se habría de obligar injustamente al comprador a pagar el precio; dónde encontramos ejemplos que o bien hagan que nos rasguemos las vestiduras, o bien nos permitan apreciar la racionalidad de la transmisión del riesgo en la dinámica de la compraventa. Pues bien, habré de decir, lacónico, que no los hay⁷⁰¹ y el caso es por qué.

⁷⁰⁰ Con una visión crítica del art. 1452 Cc, CARRASCO PERERA, 2017, p. 941, afirma lo que sigue: «La regla *periculum est emptori* no ha de ser reprobada tanto por su innata injusticia como por sus resultados contrafácticos, pues divide control posesorio y atribución del riesgo y acaba abocando casi necesariamente una redistribución del riesgo impuesta por las reglas de la culpa en la custodia. Como no será fácil acreditar que no hay culpa en la pérdida por parte de quien ostentaba el control de la cosa, el riesgo del caso fortuito atribuido al comprador por vía de la regla legal acaba normalmente siendo reatribuido al vendedor por fuerza de dificultad de probar por su parte la ausencia de culpa».

⁷⁰¹ Ya en la primera mitad del siglo XX, ALCÁNTARA SAMPELAYO, 1946, p. 488: «A pesar del evidente interés del tema, la cuestión de los riesgos en la compraventa no tiene repercusiones prácticas, y no se encuentran resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia».

Porque muchos contratos se precipitan al cumplimiento. Porque muchos de los supuestos con los que se quiere ejemplificar teóricamente la injusticia de la regla de la transmisión del riesgo pero que sería superada en la práctica, en realidad, no son supuestos en los que operaría dicha transmisión al no alcanzarse el estadio de la puesta a disposición⁷⁰². Porque, en muchos casos, la imagen del clásico contrato de compraventa esculpida en el intercambio de «cosa por precio» es superada por mayores prestaciones asumidas por el vendedor que dejan atrás el esquema más sencillo de este contrato⁷⁰³; aparente sencillez que, dicho sea de paso, para mí la mecánica de la transmisión del riesgo ya venía a cuestionar. Porque si, como dije en su momento⁷⁰⁴, el expediente de la transmisión del riesgo está principalmente pensado para las pérdidas y deterioros materiales del bien –los bienes– objeto del contrato, esta doctrina no entra en aplicación en otros muchos y habituales supuestos de impedimentos sobrevenidos que impiden la entrega⁷⁰⁵ o que, sin impedirla, frustran el interés del comprador protegido por el contrato en lo que a la

Recientemente, dice CARRASCO PERERA, 2017, p. 940: «la ausencia de jurisprudencia relevante al respecto prueba que la cuestión no debe ser de especial nota».

⁷⁰² Vid. los ejemplos de PINTÓ RUIZ, 1975, pp. 699-700 y CASTILLA BAREA, 2001, p. 411, sobre lo que la autora describe como una «práctica cotidiana» contraria a la regla *periculum est emptoris*. Pero estos ejemplos versan sobre cosas específicas que son destruidas antes de que tenga lugar la puesta a disposición; ingrediente para mí innato a la transmisión del riesgo. Y plantearse en ellos que el comprador ha de pagar el precio desde luego apuntala la idea de que nos encontramos ante un expediente contrario a toda racionalidad: la de un lego en la materia y la de un experto conocedor de la bilateralidad contractual.

⁷⁰³ No se trata de un análisis de la disciplina de la transmisión del riesgo, pero vale ahora el ejemplo: en su estudio sobre la evolución en nuestro ordenamiento jurídico hacia la configuración de un supuesto de hecho amplio y unitario correspondiente a la idea de no conformidad que engloba el tratamiento de los problemas que atañen a las anomalías cualitativas de la cosa vendida, FENOY PICÓN, 1996, p. 204, señala, entre otras consideraciones, que si en un buen número de casos se justifica la aplicación de las normas generales sobre el incumplimiento frente a las del saneamiento es porque los contratos de compraventa de los que conoce el TS no responden al puro modelo que el Código civil contempla; sino que son compraventas más complejas en las que junto al dar el vendedor tiene un hacer.

⁷⁰⁴ Introducción, I.

⁷⁰⁵ CARRASCO PERERA, 2017, pp. 940-941.

conformidad del objeto vendido se refiere⁷⁰⁶. En fin, porque es difícil, como decía, que triunfe en favor del vendedor la defensa de que el riesgo ha sido transmitido (cfr. art. 1183 Cc) o que en el contrato en cuestión no haya más elementos que *contaminen* ese estadio ideal en que las partes, con el bien puesto a disposición del comprador, se dirigen expeditas a cumplir y quepa apreciar algún incumplimiento⁷⁰⁷ por parte del vendedor o del comprador.

CASTILLA BAREA se ha esforzado por localizar sentencias dictadas a partir de 1930 relacionadas con la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa y en las que quepa apreciar la aplicación del art. 1452 Cc. Son once las sentencias que ha localizado y no he de repetir aquí su análisis. Como dice la autora, bien se invoca tangencialmente la cuestión de la transmisión del riesgo, bien se dice que no procede su aplicación en el caso de autos, bien son supuestos en los que el comprador pecha con el riesgo por estar en mora, pero no por aplicación de la regla *periculum est emptoris*⁷⁰⁸. RODRÍGUEZ-ROSADO destaca otras sentencias en las que el TS sí considera que esta regla romana es la solución vigente en nuestro sistema, pero –señala el autor– semejante declaración es en todas estas resoluciones *obiter dicta* y no la *ratio decidendi* del asunto⁷⁰⁹.

Yo no habré de repetir el análisis de esta jurisprudencia sino, más bien, sumar a la lista –que engroso de forma absolutamente modesta– otras dos resoluciones en las que se aprecia que la apelación a la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa no triunfa. Seré

⁷⁰⁶ Muchos son los ejemplos en casos de compraventas de bienes inmuebles sobre modificaciones en cuanto la uso que el comprador esperaba hacer de tales bienes. Algunas sentencias al respecto las comentamos GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, pp. 435-437.

⁷⁰⁷ PINTÓ RUIZ, 1975, p. 708, ya señala que el régimen del riesgo exige una conducta «auténticamente limpia» por las partes.

⁷⁰⁸ CASTILLA BAREA, 2001, pp. 405-411. Curiosamente a la luz de esta jurisprudencia concluye la autora que con el criterio de la puesta a disposición se modaliza las normas del art. 1452 Cc; conclusión que saca al estudiar unas resoluciones en las que el comprador moroso no retira las mercancías puestas a su disposición. Mi estudio creo que demuestra que la puesta a disposición está integrada dentro del art. 1452 Cc; no es foránea al mismo.

⁷⁰⁹ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 289 y en nota a pie.

muy breve en su análisis donde solo quiero aludir a la invocación de la disciplina de la transmisión del riesgo

Por un lado, la STS de 7 de mayo de 1990⁷¹⁰ versa sobre un contrato de compraventa de mil toneladas de maíz situados en el almacén de la vendedora, estableciéndose, según se concluye en la resolución, la posibilidad de la compradora de retirar la mercancía en amplios plazos de tiempo. El caso es que la vendedora alega el incumplimiento de la recepción por parte de la compradora de la mercancía que, según apunta también, se ve afectada sustancialmente por una infección de gorgojo y, en atención a dicho incumplimiento, entiende que son de cuenta de la demandada los daños y menoscabos experimentados por la mercancía invocando el art. 333 Ccom. Pues bien, no se considera probada tal plaga ni la ausencia de culpa por parte de la vendedora en la conservación del maíz ni el incumplimiento de la compradora en la recepción (cfr. FD 4.º, 5.º y 6.º) y el TS destaca que aparte del contrato de compraventa las partes celebraron un contrato de depósito (cfr. FD 6.º); convirtiéndose el vendedor en un vendedor-depositario y siendo de aplicación, en su caso, no el art. 333 Ccom sino el 306 Ccom. Se observa, pues, un caso que trasciende la figura del contrato de compraventa en el que no procede aplicar el art. 333 Ccom y que, aun de ser aplicable, se reflexiona que no se aprecia la concurrencia del caso fortuito.

Por otro lado, la STS de 10 de junio de 2013⁷¹¹ atañe a un contrato de compraventa en el que el objeto vendido, unas tabletas de turrón ya fabricadas y embaladas con los distintivos de la entidad compradora, es destruido como consecuencia de un incendio que afecta a la fábrica de la vendedora. Si bien el supuesto es más complejo y hay más variables que cabría tener en cuenta, a lo que ahora interesa, en apelación se estimó la reconvención de la compradora demandada por la que exigía una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la destrucción de las tabletas de turrón y, con

⁷¹⁰ RJ\1990\3686.

⁷¹¹ RJ\2013\5524.

ello de la obligación de fabricación y entrega (FD 2.º)⁷¹². Por ello, en casación la vendedora apela a los arts. 331 y 333 Ccom –invocación conjunta con la que uno ya aprecia que no se tiene muy claro la diferencia que existe entre ambos– para afirmar que se infringe el régimen de «atribución de riesgos» contenido en estos preceptos. Según entiende la vendedora: «la pérdida de la mercancía vendida en poder del vendedor, daría derecho al comprador a resolver el contrato pero no a reclamar una indemnización por daños y perjuicios derivados de esta resolución» (FD 12.º). El caso es que el TS –que desestima el motivo porque la vendedora recurrente vuelve a hacer supuesto de la cuestión– recuerda que en la instancia no se consiguió probar el caso fortuito.

Pues bien, no creo que esta jurisprudencia sea muestra del «desuso fáctico» o «inaplicación» por lo tribunales de la doctrina de la transmisión del riesgo como dicen respectivamente CASTILLA BAREA y SAN MIGUEL PRADERA; más correcta me parece la idea de que son normas con «escasa operatividad», como también dice la primera autora citada⁷¹³.

Sencillamente hay que reconocer que, dado que el momento de la transmisión del riesgo es tan cercano a la entrega, el contrato se precipita al cumplimiento, que son las partes las que se precipitan al incumplimiento y que es extraordinario que, entre la puesta a disposición y la entrega, tengan lugar pérdidas y deterioros fortuitos. Y de esta puntualización deviene la siguiente idea: difícilmente, como muestran estas dos últimas sentencias, será capaz el vendedor de exonerarse en caso de incumplimiento cuando el bien se encuentra en su esfera de control y, en consecuencia, que triunfe la apelación a la disciplina de la transmisión del riesgo; expediente cuya utilidad, ya en

⁷¹² Según se lee en el FD 2.º de la resolución, «La sentencia recurrida niega que este incumplimiento sea debido a caso fortuito, pues “generado un incendio dentro del ámbito de control del poseedor del inmueble siniestrado hay que presumir que le es imputable, salvo que se pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso”».

⁷¹³ CASTILLA BAREA, 2001, pp. 405-406; SAN MIGUEL PRADERA, 2004, p. 134-135.

la práctica exigua, es ínfima en un sistema de responsabilidad contractual cada vez más objetivado⁷¹⁴. Como se suele decir, han corrido ríos de tinta sobre un tema que no se ha revelado problemático en la práctica; lo cual ya hace dudar de la necesidad de seguir recurriendo a esta disciplina incluso en los planteamientos actuales del incumplimiento que se manejan.

Y ante lo dicho, cabrá dudar de la utilidad de todo el estudio que he realizado hasta ahora; por qué he dedicado esfuerzos a comprender *algo* que parece perteneciente al pasado. No me causa desasosiego alguno estas impresiones. Aparte del respeto que creo que merece el interesarse por el pasado que, dicho sea de paso, *todavía no es pasado* porque las incómodas normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa siguen ahí, el interés por comprender bien de donde venimos nos permite vislumbrar hacia donde vamos o hacia donde creo yo que podemos ir: la supresión de las antiguas normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa en atención a los actuales planteamientos que se manejan de la vinculación contractual y el incumplimiento. Del mismo modo, el análisis del Derecho codificado español permite abordar con mayor soltura, según veremos, la regulación de la transmisión del riesgo en Derecho francés y realizar interesantes comparaciones con este, con el ordenamiento jurídico inglés y, aunque sea de forma muy puntual, con el alemán. En su momento lo veremos, no sin antes destacar que, a diferencia, de lo que se suele hacer en otros estudios, yo no he hecho esa clásica presentación de los tres famosos criterios con los que se decide en el ámbito comparado cómo reglamentar la transmisión del riesgo: el criterio de la conclusión del contrato, el criterio de la propiedad característico del Derecho francés o el criterio de la entrega recogido en el § 446 BGB⁷¹⁵. Y no lo he hecho porque mi estudio del Derecho decimonónico español muestra que nuestro Derecho codificado no se ajusta a ningún criterio de esta trimembre clasificación y, como he

⁷¹⁴ Introducción, II.

⁷¹⁵ En la doctrina española, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 141 y ss.; ALCOVER GARAU, 1991, p. 29 y ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 26 y ss.

tratado de explicar, en particular no atiende al criterio de la conclusión del contrato. Por su parte, por mucho que se diga que el Derecho francés adopta el criterio de la propiedad y vincule la transmisión del riesgo con la propiedad, el riesgo en realidad lo soporta el comprador como acreedor. Por último, para mí es dudoso que tenga sentido hablar de transmisión del riesgo en el momento de la entrega.

Hilado con esto último, añado ahora un par de notas con relación a esa idea que mantendré en la segunda parte de mi tesis, la posible supresión de las normas sobre transmisión de riesgo, porque lo cierto es que no es una idea actualmente desconocida. En su momento analizo con detenimiento la compraventa genérica y toda la problemática que rodea la especificación, la puesta a disposición del género, si ambas partes participan en estas actividades o si la especificación ha de tener lugar en el momento del cumplimiento⁷¹⁶. Pero el caso es que, al tratar el riesgo de la prestación, dice HERNÁNDEZ-GIL que si la individualización del género tiene lugar en el momento del cumplimiento, la problemática anterior en gran medida se elimina: «porque hasta ese momento [el del cumplimiento] soportará los riesgos el deudor, y desde ese momento, *ni siquiera puede decirse que se transmita al acreedor*, ya que con la extinción de la obligación inherente al cumplimiento ha cesado en su posición jurídica de acreedor»⁷¹⁷. Son, como digo, reflexiones realizadas en el ámbito del riesgo de la prestación en las obligaciones genéricas y la discusión del momento de su atribución al acreedor. Pero extrapoladas estas consideraciones al ámbito de la compraventa, está claro que, si el vendedor soporta el riesgo de la prestación hasta el cumplimiento, no hay transmisión del riesgo de la contraprestación que plantearse: se borraría el espacio a que operen las normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa; esto es, no se posibilitaría el escenario en que el comprador paga a pesar del incumplimiento del vendedor. Y esta idea es la que expando en la segunda parte de esta investigación, pues entiendo que las nociones de cumplimiento e incumplimiento

⁷¹⁶ Vid. Capítulo 3, II.

⁷¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, 1960, pp. 137-138. La cursiva es añadida.

han copado el espacio de la clásica doctrina de la transmisión del riesgo.

En el ámbito comparado, pueden ser interesantes las reflexiones de TREITEL en las que sí tiene presente directamente el riesgo de la contraprestación. Según el autor, cuando se dice que el riesgo se transmite con el cumplimiento del contrato, en realidad lo que se quiere decir es que *permanece* en el deudor⁷¹⁸. Es en el contrato de compraventa donde *verdaderamente* se puede decir que el riesgo se transmite al comprador en la medida en que, antes de que el vendedor cumpla, tal riesgo es soportado por aquel⁷¹⁹.

En definitiva, en nuestro Derecho decimonónico codificado, el riesgo se transmite al comprador en un momento en que el legislador ha considerado que no tiene que responder por el incumplimiento. Y tal momento tiene lugar cuando el vendedor ha hecho todo lo que estaba en su mano para entregar, ha realizado sus obligaciones accesorias de poner a disposición y conservar con diligencia: ha desplegado comportamiento prestacional *pero no ha cumplido*; se ha acercado al máximo al cumplimiento. Una cosa es hacer *todo lo que a uno incumbe para cumplir* y otra cosa es *cumplir*⁷²⁰. La transmisión del

⁷¹⁸ TREITEL, 2014, p. 76: «*The point may seem to be an obvious one, but it does need to be made because, in relation to some of the types of contracts to be discussed below, it is sometimes said that risk passes, or that it should pass, on completion of performance. Such statements really mean that risk does not, or should not, pass at all, but that it remains on the party whose performance is affected by the destruction, though he will of course be discharged once that performance has been rendered in full*». En letra redonda lo destacado por el propio autor.

⁷¹⁹ *Ibidem*, pp. 76-77: «*By contrast, where goods are sold to a buyer who does not deal as consumer, the risk can truly be said to pass, in that a point may come after the contract was made and before the seller has performed his duty to deliver the goods, at which the risk of the destruction of the goods is no longer on the seller but must be borne by the buyer*». En letra redonda lo destacado por el propio autor.

⁷²⁰ Dice CARRASCO PERERA, 2017, p. 827, con carácter general: «Cuando el deudor ha de cumplir en un lugar determinado, esto no significa que necesariamente el acreedor obtenga con esto la prestación que espera. Ni de hecho comporta que el deudor se libere teniendo la cosa en el lugar del cumplimiento a disposición del acreedor. Si el acreedor no la recoge o si el deudor no debe remitirla por transporte a cargo del acreedor, el deudor no puede desentenderse del cumplimiento, como si la cosa no fuera ya con él. El deudor debe cumplir

riesgo tiene lugar en el primer momento: cuando el comprador que ve insatisfecho su crédito al no obtener *el resultado previsto en el contrato*, la entrega de la cosa en el estado cualitativo debido, ha de pagar el precio pues se le niega cualquier posible remedio.

No cantaré las alabanzas al sistema como han hecho otros; no creo que haga falta. Pero me interesa traer aquí las apreciaciones de ALCOVER GARAU al respecto cuando comenta el art. 333 Ccom: «es de estricta justicia destacar una peculiaridad única de nuestro ordenamiento mercantil: la de contener el único criterio tradicional de transmisión del riesgo que, *siendo una excepción al sinalagma*, es plenamente lógico y goza de una innegable elegancia dogmática. Nuestro legislador mercantil consiguió lo que ningún codificador decimonónico europeo logró»⁷²¹.

Pues bien, con esa referencia a la excepción al sinalagma, podré recordar esas palabras de D'ORS cuando dice que, a su parecer, la regla *periculum est emptoris* no es una verdadera excepción al principio de la interdependencia de las prestaciones recíprocas; reflexión que realiza, recuérdese, porque entiende que el vendedor expuesto al riesgo propio de la custodia puede considerarse como un vendedor que cumple su obligación de entrega⁷²². Sea como fuere en el pasado, nuestro Derecho codificado enseña, como he dicho, que en el momento de la transmisión del riesgo el vendedor no ha cumplido; por eso tiene sentido hablar de transmisión del riesgo. No obstante, tan cercano es el momento de tal transmisión a la entrega que quizás se pueda decir que, en efecto, aunque teóricamente se contraría la bilateralidad del contrato, tal quebranto entra en juego en un ámbito muy pequeño y no de la forma tan drástica e indiscriminada como tradicionalmente se ha expuesto la cuestión.

en el lugar de cumplimiento, pero esto no equivale a que cumpla por el sólo hecho de tener la cosa en el lugar de cumplimiento [...] Por tanto, de hecho, no es la disponibilidad en el lugar de cumplimiento lo que supone cumplimiento, sino la entrega directa o indirecta en el lugar del cumplimiento».

⁷²¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 164. La cursiva es añadida.

⁷²² D'ORS, 1964, p. 397.

Para mí, lo anterior es la forma en que ha quedado plasmado en nuestro ordenamiento jurídico lo que ALONSO PÉREZ ha tenido a bien llamar «el fantasma histórico de la *emptio perfecta*»⁷²³. Y estoy seguro de que, aunque mi lectura le da un sentido mucho más razonable a esta antediluviana disciplina nunca del todo bien comprendida, nada de lo explicado hasta ahora le quitará su halo de mal derecho.

En fin, si todo lo relacionado con el expediente de la transmisión del riesgo es complejo, el término «poner a disposición» tampoco dejará de causarnos problemas a lo largo de la presente investigación cuando es utilizado a la hora de determinar qué se entiende por cumplir la obligación de entrega. Todo lo explicado hasta ahora pone en evidencia que, en lo que respecta a la compraventa de bienes muebles, la puesta a disposición no equivale en nuestro Derecho dispositivo a cumplir con la obligación de entrega; su trascendencia, que no es poca, radica en fijar el momento de la transmisión del riesgo antes de que tenga lugar la entrega bilateral.

Pero la expresión «poner a disposición» sí ha sido utilizada en el ámbito del Derecho comparado para aludir al efectivo cumplimiento de la obligación de entrega y, como veremos, así se formula, al menos aparentemente, en la CVCIM. A continuación, y para dar paso al siguiente capítulo en que se analiza la disciplina de la transmisión del riesgo en Derecho francés e inglés, aludo muy brevemente a la discusión en torno al significado, equivalencia o diferencia de los conceptos de *livraison* y *délivrance* en el ámbito del Derecho francés y el alcance del término *delivery* en Derecho inglés.

Con relación al Derecho francés, hay conciencia común de que la definición, procedente de DOMAT, de la *délivrance* en el art. 1604 *Code* como «*le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*» es equívoca, pues el vendedor no se obliga a poner el objeto del contrato en las manos del comprador, sino que es suficiente con que lo ponga a disposición; se trata de un acto

⁷²³ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 197-198.

unilateral⁷²⁴. Los autores del *Code* se vieron influidos por las antiguas doctrinas que requerían la «*tradition*» para la transmisión de la propiedad cuando el nuevo sistema consagra tal transmisión *solo contractu*⁷²⁵. Se añade que tal definición general no hace distinción entre bienes muebles e inmuebles y que tampoco esclarece la diferencia entre *délivrance* y *livraison*⁷²⁶. Hay quien entiende que hay que tener tales conceptos por sinónimos⁷²⁷, aunque se ha señalado que el término *livraison* es erróneamente utilizado por distintos preceptos –como el antiguo art. 1138 Cc que próximamente estudiaremos y que debería hablar de *délivrance*– cuando debería reservarse su utilización para los casos en que el vendedor, en materia mobiliaria, transporta los bienes a destino⁷²⁸. Otros en cambio, no dan tal estricto significado al término *livraison*, entendiendo que este término evoca un acto puramente material de «*remise de la chose entre les mains de l'acheteur*» mientras que la *délivrance* es un acto jurídico de puesta a disposición que no implica necesariamente por su parte una aprehensión efectiva de la cosa⁷²⁹. Y si bien se sostiene que ambos términos no se pueden identificar (*délivrance*, noción jurídica; *livraison*, operación material), también se ha dicho que en la mayoría de las compraventas de bienes muebles la ejecución de la obligación

⁷²⁴ BOUCARD, 2004, pp. 32-33. BEAUDANT, 1938, p. 128, apunta que la *délivrance* no implica necesariamente que el comprador posea materialmente la cosa. El vendedor cumple con su obligación cuando pone la cosa a disposición del comprador, de suerte que él pueda a continuación tomar posesión material de ella. PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 75, apelan a la puesta a disposición. La *délivrance* es una cuestión de hecho, dicen; que el vendedor haga todo lo que dependa de él para que el comprador pueda tomar de la cosa sus *profits*.

⁷²⁵ GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 717.

⁷²⁶ HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 202; quienes entienden la *délivrance* como puesta a disposición.

⁷²⁷ Para MAZEAUD, 1963, p. 763, la obligación de *délivrance* consiste en dejar la cosa a disposición del comprador para que este pueda en *prendre livraison*; *délivrance* y *livraison*, dice el autor, son dos términos sinónimos. Los redactores del *Code* han dado a esta obligación una definición inexacta en el art. 1604 *Code*.

⁷²⁸ HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 203. En este sentido CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 488; quienes destacan que, tras la reforma del año 2016, como enseguida veremos, el nuevo art. 1196 *Code* que ocupa el lugar del antiguo art. 1138 *Code* acaba con la confusión entre *délivrer* y *livrer*.

⁷²⁹ GHESTIN/DESCHÉ, 1990, pp. 717-718.

se concreta por la «*remise matérielle*» de la cosa en las manos del comprador «*qui doit en assumer lui-même l'enlèvement*»⁷³⁰.

Por supuesto, no puede abordar aquí la comparativa entre los arts. 1462 y ss. Cc y los arts. 1604 y ss. *Code* que, con orígenes comunes, reciben significados distintos en la medida en que en el Derecho francés –al asumir el sistema traslativo de la propiedad *solo contractu*– son disposiciones que solo tratan de la obligación de *délivrance*, mientras que en Derecho español, según hemos visto, mezclan la cuestión del cumplimiento de la obligación de entrega con distintos modos de transmitir la propiedad. No soy yo quien para juzgar si la apelación a la «puesta a disposición» como concepto generalizante con el que abarcar los arts. 1604 y ss. *Code* es correcta o no. Tan solo diré que, en este estudio que se centra en la compraventa de bienes muebles, yo circunscribo el concepto de la puesta a disposición a la manera ya referida: como el hacer todo lo posible para entregar, lo cual no es lo mismo que entregar. Ante la clásica confusión entre los conceptos *délivrance* y *livraison*, la prudencia me ha aconsejado no traducirlos directamente por el término entrega en el siguiente capítulo y a emplearlos tal y como los utilizan la doctrina que cito.

Del mismo modo, y por lo que respecta al Derecho inglés y a la compraventa mobiliaria, aunque la sub-s. 61 (1) SGA define la *delivery* como the «*voluntary transfer of possession from one person to another*», se ha dicho que la SGA no usa el término en un único y consistente término; que la *delivery* para el propósito de una regla no tiene por qué significar lo mismo para el propósito de otra. Y, así por ejemplo, respecto a la obligación de *deliver* del vendedor, además de aplicarse la «*presumptive rule*» de la *delivery* en su establecimiento [sub-s. 29(2) SGA], se entiende que es suficiente con el vendedor poga «*goods specified by the contract at the disposition of the buyer in a deliverable state without any reciprocal act on the part of the buyer*». El cumplimiento de la obligación de *deliver* no significa que

⁷³⁰ *Ibidem*, pp. 723-724.

la *delivery* haya tenido lugar si este no ha tomado posesión de las mercaderías; concepto este de la posesión que se considera de difícil definición. Y si bien se barajan distintas modalidades con las que la «*constructive delivery*» puede tener lugar⁷³¹, me limitaré a señalar aquello sobre lo que ya he reflexionado: la entrega tendrá lugar como la regla del contrato determine. Pero en este estudio centrado el fenómeno de la transmisión del riesgo en la compraventa de bienes muebles, me resisto a generalizar la idea de la puesta a disposición; concepto que para mí tiene un significado muy particular en la compraventa con entrega bilateral como acto preparatorio. Y así habré de mantenerlo a lo largo de todo este estudio.

El concepto de la «puesta a disposición», veremos, constantemente nos causará quebraderos de cabeza.

⁷³¹ Sigo el discurso de BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 435-436.

CAPÍTULO 2

TRANSMISIÓN DEL RIESGO VINCULADA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

I. INTRODUCCIÓN

El análisis conjunto y comparativo realizado en el *Capítulo 1* entre la regulación de la transmisión del riesgo contenida en el Código civil y en el Código de comercio ha permitido, a mi entender, derrumbar la aparente irracionalidad de este expediente y reducirlo, a sus adecuados y muy estrechos límites. En el sistema codificado español la regla *periculum est emptoris* ha cristalizado en la puesta a disposición y, como hemos visto, parece que nos encontramos ante un remanente del pasado que no causa verdadera conflictividad. Toca en el presente *Capítulo 2* analizar el influjo e impacto que ha tenido sobre el expediente de la transmisión del riesgo su conexión con el fenómeno de la transmisión de la propiedad; trabazón presente en ordenamientos jurídicos como el francés y el inglés.

La nebulosa herencia de la regla romana llega al *Code français* con una regulación que comparte con el Código civil español una infeliz semejanza en la forma: la mala factura de los originales preceptos de 1804 que regulan la transmisión del riesgo. Pero en lo que respecta al fondo, todo son grandes diferencias *al menos en la teoría*.

Existe cierta disconformidad con la disciplina de la transmisión del riesgo. Pero lo cierto es que su recepción y mantenimiento en el sistema francés no es objeto de críticas semejantes a las que la regla *periculum est emptoris* recibe en España. La reforma de 2016 lo confirma. La verdadera controversia que circunda a esta disciplina es su relación con el sistema traslativo de la propiedad *solo contractu*.

Existe cierta discusión sobre qué fenómeno es causa del otro: si la transmisión del riesgo desde la *conclusión* del contrato espolea la cristalización del sistema traslativo *solo contractu* o al revés. En efecto, hablo de conclusión del contrato porque, como se podrá

comprobar, la generalidad de la doctrina gala reflexiona en torno al supuesto de compraventa pura de cosa determinada; lo cual hace que la cuestión de la transmisión del riesgo al comprador se presente, como en el análisis del art. 1452 Cc, con un alcance que no tiene.

La reforma del *Code* de 2016 adopta la segunda postura; esto es, presenta la transmisión del riesgo como consecuencia de la transmisión de la propiedad y vendría a confirmar la posición del legislador de 1804. La cuestión es que este enlace es lo verdaderamente discutido. Desde el siglo XIX, se discute su oportunidad y su motivo. Podrá comprobarse que esta unión, en el marco de una evolución del sistema traslativo de la propiedad que no está exenta de dudas, recibe un impulso definitivo por lo que yo he considerado una *confusión* propiciada por POTHIER. La cuestión es en qué medida afecta al fenómeno de la transmisión del riesgo su vínculo con la transmisión de la propiedad: si le aporta mayor justicia, claridad o lo contrario. Una comparativa con el sistema español desvela algunos puntos de evidente divergencia, muchos aspectos de cercana semejanza y lo que acaso pueda considerarse una mayor rigidez en la mecánica de dicha transmisión. Sea como fuere, puedo adelantar mi postura de que, en el Derecho francés, la esencia de la regla es que el riesgo en la compraventa no lo soporta como tal el propietario, sino el *comprador* propietario. En efecto, lo soporta el comprador porque ha de cumplir su obligación de pagar el precio, aunque el vendedor no cumpla sus obligaciones de entregar el bien en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Ciertos desvíos que se producen, en particular, la compraventa con cláusula con reserva de dominio, se ven como algo anómalo.

El sistema francés que se ha mantenido tras la reforma de 2016 es de corte clásico y no es un modelo a seguir, al menos en el contexto jurídico español, con los planteamientos que aquí se manejan.

Por lo que respecta al Derecho inglés, su vinculación de la transmisión del riesgo con la transmisión de la propiedad se presenta como el resultado de una evolución interna e influjos procedentes del «civil

law». Se podrá comprobar que entre los *cases* existen razonamientos que se aproximan o son idénticos a la idea de la *emptio perfecta* y el criterio de la puesta a disposición tal y como yo lo he descrito en el ámbito del ordenamiento jurídico español. Sea como fuere, en la actualidad el expediente de la transmisión del riesgo no parece haber causado problema alguno en su aplicación. Por un lado, en los *cases* se encuentran razonamientos que vendrían a rechazar tal regla en el modelo de compraventa sobre el que siempre se analiza: la compraventa pura de cosa determinada. Por otro lado, el sistema inglés atiende a una realidad comercial más desarrollada que la prevista en los códigos decimonónicos como el español, donde destacan las compraventas que implican transporte de mercaderías; supuestos en los que se acaba por desvincular la transmisión del riesgo y de la propiedad.

II. DERECHO FRANCÉS: TRANSFORMACIÓN DE *PERICULUM EST EMPTORIS* EN *RES PERIT DOMINO*

El Derecho francés hereda el aforismo *periculum est emptoris* y toda la complejidad que lo rodea⁷³². Pero la regla no sobrevive a la codificación como tal⁷³³, sino que es transformada a través de una evolución no exenta de incertidumbre y controversia que le concede una nueva apariencia y sustancia.

En la forma, *periculum est emptoris* da paso a *res perit domino*; máxima ya evocada con relación al antiguo art. 1138 *Code* por BIGOT-PRÉAMENEU y GRENIER en los trabajos preparatorios del *Code français* de 1804⁷³⁴ y reiterada respecto al nuevo art. 1196.3 *Code* por el Informe, de 11 de febrero de 2016, del Ministerio de Justicia al

⁷³² Lo recogen DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. II*) y POTHIER, 1844b, pp. 187-194; obras de autoridad para el legislador francés de 1804.

⁷³³ DUBARRY, 2014, p. 223.

⁷³⁴ «*Présentation au Corps législatif, et exposé des Motifs, par M. Bigot-Préameneu*», tras la redacción definitiva dada por el Consejo de Estado en el Proceso Verbal de la sesión de 26 de enero de 1804 (FENET, 1836a, p. 230) y «*Discussion devant le corps législatif. Discours prononcé par le tribun Grenier*» (FENET, 1836b, p. 183).

Presidente de la República relativo a la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du Droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations*⁷³⁵.

En el fondo, la atribución del riesgo al comprador antes de la *délivrance* se justifica por la transmisión de la propiedad a aquel por la conclusión del contrato; novedad que también consagra el *Code*. Las dudas generadas por el antiguo art. 1138 *Code* se disipan por su sustituto, el nuevo art. 1196.3 *Code*, cuando afirma: «*Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose*»⁷³⁶. Y este cambio de fundamento no supone vestir con otras palabras la solución tradicional dada para el riesgo por el Derecho antiguo, sino que tiene impacto estructural en la concepción del contrato de compraventa y en la configuración de las contraprestaciones, otorga otro alcance a la regla de la transmisión del riesgo, plantea una serie de cuestiones y problemas distintos a los que, por ejemplo, se generan en Derecho español y conlleva que determinadas cuestiones y problemas también conocidos en nuestro Derecho reciban un enfoque diverso.

El tratamiento y discusión de estos aspectos están en gran medida condicionados por una regulación que, al igual que el art. 1452 Cc, ha sido tradicionalmente poco clara. En efecto, el antiguo art. 1138 *Code*, de referencia en esta materia, es objeto de diversas lecturas, algunas paralelas y otras encontradas, pues no todos aceptan esa correlación entre transmisión de la propiedad y transmisión del riesgo. Es cierto que tras la reforma operada por la *Ordonnance* núm. 2016-131 de 2016⁷³⁷, el nuevo art. 1196.3 *Code* aclara y reafirma dicha correlación,

⁷³⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14.

⁷³⁶ Cfr. art. 5.80 de la *Proposition de Loi portant le Livre 5 «Les obligations» du Code Civil. Chambre des reprérésentants de Belgique. 6 avril 2022: «Transfert des risques. Sauf accord contraire des parties, le transfert de la propriété emporte le transfert des risques./ Ainsi, si la chose vient à périr par un cas de force majeure après que l'obligation de donner a été exécutée, le créancier de la chose ne peut plus en exiger la délivrance, mais reste néanmoins tenu d'en payer le prix».*

⁷³⁷ Con carácter general, señala SAVAUX, 2016, pp. 723-724, que la reforma del 2016 supone mucha consolidación y un poco de transformación del Derecho de obligaciones y contratos; innovaciones que, aunque de número limitado, son importantes y procedentes del *Projet*

asumiendo por lo tanto que tal era el criterio de legislador de 1804⁷³⁸. Y partir de la modificación operada en 2016 me permitiría aligerar en gran medida el presente estudio. No obstante, creo que es de interés pararse en la recepción por el país vecino de la máxima *periculum est emptoris*, las dudas que generó y cómo se consolida su relación con el sistema de la transmisión de la propiedad. Ello me ha de servir de incentivo para unas cuantas reflexiones.

Como decía, nos encontramos ante dos innovaciones: por un lado, la transmisión del riesgo al comprador por su condición de propietario, *res perit domino*. Por otro, la transmisión de la propiedad al comprador por efecto del contrato, transmisión *solo contractu*. Y cabría preguntarse cuál de estas novedades merece en primer lugar nuestra atención, porque siempre ha estado presente la duda sobre el influjo que una de las innovaciones ha podido tener en el surgimiento de la otra; cuál de ellas es razón o consecuencia de la otra⁷³⁹. Hay quien afirma que los redactores del *Code Napoléon* quieren conciliar la regla *res perit domino* con la regla *res perit creditori*; de ahí que el antiguo art. 1138 *Code* declare al acreedor propietario *únicamente* para hacerle soportar los riesgos⁷⁴⁰. Conforme a otra opinión, de

Terré, el cual se inspira en los proyectos de armonización europea. «Es por esta vía —explica el autor— que el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, de inspiración muy nacional, se abre un poco a la influencia internacional».

⁷³⁸ Apuntan CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 487, que la reforma de 2016 *mantiene* «el principio» (*rectius* regla) *res perit domino* que antes se recogía en el art. 1138.2 *Code* y ahora en el art. 1196.3 *Code*. En el mismo sentido, y apelando a la máxima *res perit domino*, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 390, entienden que tal concepción *parece ser* la de los redactores del *Code*. Los autores se expresan con prudencia, posiblemente por la controversia que suscitaba la letra del antiguo art. 1138 *Code* en cuanto al fundamento de la transmisión del riesgo. La letra del precepto procede en esencia del art. 93 *Avant-Projet Terré* de 2008, posterior art. 102 *Projet Terré*. No es preciso que entre a valorar los cambios existentes entre unos y otros, sino tan solo remarcar que REMY, 2009a, p. 251, también considera que los preceptos proyectados *mantienen* la solución francesa en cuanto al riesgo.

⁷³⁹ Acaso puede observarse la duda, aunque sea momentánea, en las explicaciones de LABBÉ, 1869-1870, p. 148. En virtud del art. 1138 *Code* —afirma el autor— el contrato hace al acreedor propietario y pone la cosa a sus riesgos: «*Le législateur rapproche et conjoint dans un même phrase ce deux effets, parce que l'un est la conséquence ou mieux la raison de l'autre*».

⁷⁴⁰ BOURBEAU, 1865, p. 120. También HUC, 1894, pp. 145-149, entiende que el legislador francés hace al acreedor propietario para *justificar mejor* la solución que da a la cuestión del

mayor prudencia y perspicacia, se ha dicho que la cuestión del riesgo es uno de los factores que contribuye a la concepción de la transmisión de la propiedad *solo contractu*⁷⁴¹. No obstante, la apreciación comúnmente aceptada, y que vendría a confirmar la reforma de 2016, es que la atribución del riesgo al comprador conforme a la máxima *res perit domino* es consecuencia del sistema francés de la transmisión de la propiedad⁷⁴².

Conviene comenzar con una somera referencia al sistema de la transmisión de la propiedad para introducir después la cuestión del riesgo; orden de prelación que se justifica, desde luego, por esa idea de que esta es consecuencia de aquella pero, sobre todo, porque la descripción de aquella puede realizarse, a los fines que aquí interesan, de forma más sencilla que la de esta.

Los preceptos de referencia son lo que siguen. La primera alusión a la transmisión de la propiedad se encuentra en el art. 711 *Code*: «*La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*».

El sistema de transmisión de la propiedad *solo contractu* se desarrollaba, con anterioridad a la reforma de 2016, en los arts. 1136 y 1138 *Code*; precepto, este último, de redacción compleja que recogía la relación existente entre la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo; razón por la cual se estima que se dicta primeramente en vista del contrato de compraventa aunque se situaba entre las reglas generales⁷⁴³. Según el antiguo art. 1136 *Code*, «*L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la*

riesgo. En la doctrina española, BÉRGAMO, 1947, p. 160, sostiene que el sistema francés de la transmisión de la propiedad nace por la presión ejercida por la teoría de los riesgos.

⁷⁴¹ VON BAR/DROBNING, 2004, p. 329. También DUBARRY, 2014, p. 45; quien califica el factor como «de confusión», pues es crítico con el supuesto sistema de transmisión de la propiedad *solo contractu*.

⁷⁴² LABBÉ, 1869-1870, p. 148; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 564.

⁷⁴³ BEUDANT, 1936, p. 294; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 157. Como dice SÉRIAUX, 2006, p. 390, «*c'est à propos de la vente que l'adage res perit domino est le plus souvent rappelé*».

conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier». Por su parte, el art. 1138 Code señalaba: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes./ Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier».

Tras la reforma de 2016, ahora hay que estar al nuevo art. 1196 Code: *«Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat./ Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi./ Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1».*

En sede de compraventa, el art. 1583 Code reitera la transmisión de la propiedad solo contractu: *«Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».* Para la cuestión de la transmisión del riesgo, el art. 1624 Code se remitía al art. 1138 Code; remisión que se mantiene formalmente, si bien materialmente debe entenderse referida al art. 1196 Code, pues la reforma de 2016 modifica el sistema de la parte general, pero no la regulación especial de los contratos. Según el art. 1624 Code: *«La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général"».*

1. Transmisión de la propiedad *solo contractu*

Dice BOUCARD que el régimen de la transmisión de la propiedad *solo contractu* reviste un doble sentido: «*le transfert de la propriété est parfois instantané, toujours automatique*». Se expone en el art. 1583 *Code*, sede de compraventa, frente a la falta de claridad del antiguo art. 1138 *Code*⁷⁴⁴. Aunque en la doctrina está presente ese doble aspecto –automatismo e instantaneidad– de la transmisión de la propiedad⁷⁴⁵, no he encontrado fórmula que, como la anterior, recoja la esencia del régimen francés con semejante laconismo y certeza. Esta presentación, veremos, tiene su importancia para comprender el sistema de la transmisión del riesgo.

De conformidad con el anterior enunciado, la autora dice que la *regla* es la transmisión inmediata de la propiedad en el momento del intercambio de consentimientos, aunque creo que acaso sería más ajustado a la realidad decir que la transmisión de la propiedad *puede* tener lugar inmediatamente *en el momento de* la conclusión del contrato; inmediatez contingente y sujeta a temperamentos, dice la autora. A mi entender, la expresión refleja mejor el alcance del sistema en vez de hablar de excepciones a la inmediatez como suele leerse en la doctrina⁷⁴⁶; excepciones tan variadas, numerosas e importantes por las que se ha puesto en duda la existencia del *principio* de la transmisión inmediata⁷⁴⁷. En efecto, como dice el art.

⁷⁴⁴ BOUCARD, 2005, p. 299; BOUCARD/DINCA, 2015, p. 63; BOUCARD, 2020, p. 412.

⁷⁴⁵ MAZEAUD, 1963, pp. 732 y 734; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 589; BLANLUET, 2004, pp. 414-418; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 158; CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 484.

⁷⁴⁶ De excepciones ya habla GRENIER durante los trabajos preparatorios del *Code* (FENET, 1836b, p. 183). También DELVINCOURT, 1824a, p. 155 y 1824b, p. 64; BEAUDANT, 1938, p. 114; PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 74; MAZEAUD, 1963, pp. 734; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 588. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 390, ven esas supuestas excepciones en el nuevo art. 1196.2 *Code*.

⁷⁴⁷ BLANLUET, 2004, pp. 416-418: «*Ainsi, que la transmission porte sur un chose corporelle ou incorporelle, mobilière ou immobilière, rarement elle intervient lorsque des volontés s'expriment. La règle de bon sens, tirée de l'usage ou de la nature des choses, fait généralement obstacle à ce que la translation s'opère immédiatement, de manière abstraite. Le plus souvent, l'échange des consentements ne produit d'effet translatif que s'il est*

1196.2 *Code*, la naturaleza de las cosas, la ley o la voluntad de las partes pueden diferir la transmisión de la propiedad. Tal es el caso de compraventas condicionales, alternativas, genéricas, de cosa futura, la práctica de subordinar la transmisión del inmueble a la firma del *acte authentique*, etc. Lo que sucede es que los redactores del *Code* razonan sobre el caso de la compraventa de cosa determinada⁷⁴⁸; lo cual refuerza esa idea de que la transmisión inmediata de la propiedad en el momento de la conclusión del contrato, es lo *normal*⁷⁴⁹. De hecho, el nuevo art. 1196 *Code*, aunque de mayor claridad que su predecesor, presenta una formulación incorrecta: su párrafo primero no contempla el automatismo sino la instantaneidad de la transmisión de la propiedad, pues alude al *transfert* «lors de» en vez de «par» la *conclusion du contrat*, cuando es su párrafo segundo el que ya atiende al carácter eventualmente instantáneo de dicha transmisión⁷⁵⁰. El párrafo primero ha sido criticado; crítica que, en realidad, se ha dirigido a la instantaneidad y no al automatismo de la transmisión⁷⁵¹. Se ha dicho, no obstante, que otra redacción del precepto no habría

matérialisé par un fait ou un acte, une tradition matérielle ou juridique. Ici, la remise de la chose. Là, la rédaction d'un écrit». Hay que precisar, no obstante, que lo que apunta el autor respecto a los bienes muebles se apoya en su idea de que las cosas genéricas –que son, según el cree, el objeto de la mayoría de los contratos de compraventa– adquieren, en la práctica, carácter individual en el momento –dice– de la *livraison*. Pero esto es una cuestión tradicionalmente controvertida. *Vid.* Capítulo 3, II.

⁷⁴⁸ HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 157. Dice TROPLONG, 1845, p. 56, que para la transmisión de la propiedad por el contrato, es necesario que la cosa sea determinada; restricción con la que deben entenderse los arts. 1138 y 1583 *Code*. Nótese que el autor confunde el efecto automático (por) con el instantáneo (desde) de la transmisión. Para LAROMBIÈRE, 1857a, p. 436, el art. 1138 *Code* presupone que la cosa es cierta y determinada.

⁷⁴⁹ BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 232.

⁷⁵⁰ Con mayor exactitud, el Informe del MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14, afirma que la transmisión de la propiedad se opera «*par le seul échange des consentements des parties caractérisant la conclusion du contrat*». En contra de esta apreciación, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 476, apuntan que el uso del adverbio «lors» por el precepto no solo designa el momento de la transmisión, sino también que esta tiene lugar por el solo efecto del contrato.

⁷⁵¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 475: «Su consagración es, a pesar de todo, significativa en la medida en que la inadaptación de este principio a las necesidades prácticas había sido denunciada al ser *el momento* de la transmisión, en la práctica, frecuentemente disociado de la conclusión del contrato». La cursiva es añadida.

cambiado el fondo⁷⁵²; a lo que habría que contestar que la metodología legal, la forma, es un aspecto importante.

Sea como fuere, lo verdaderamente fijo e invariable –lo «permanente», el «fundamento» del sistema⁷⁵³– es la faceta automática de la transmisión de la propiedad. Esta tiene lugar de pleno derecho⁷⁵⁴, en virtud del intercambio de consentimiento, *por efecto del contrato* sin que sea preciso ninguna reiteración de la voluntad de las partes ni ningún acto separado que manifieste un segundo consentimiento⁷⁵⁵. Así se comprende que, en realidad, el art. 1196 *Code* no atiende al intercambio de consentimientos que se encuentra subyacente, sino a la conclusión del contrato; la transmisión se hace por lo tanto *solo contractu*, y no *solo consensu*⁷⁵⁶, aunque esta segunda expresión sea la más habitual entre doctrina⁷⁵⁷.

⁷⁵² CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 487: «las hipótesis de la transmisión diferida de la propiedad son tan frecuentes que cabe lamentar que la transmisión de la propiedad *solo contractu* sea afirmada en principio [crítica a la instantaneidad y no al automatismo de la transmisión]. En efecto, podría haberse presentado la transmisión *solo contractu* como una regla supletoria, cuando la naturaleza de las cosas, la voluntad de las partes o la ley especial no impusiesen una transmisión diferida. *Más cercana a la realidad, esta presentación no habría cambiado las cosas de manera fundamental*». La traducción es mía y la cursiva es añadida.

⁷⁵³ BOUCARD, 2020, p. 413 y 416.

⁷⁵⁴ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 484, remarcan que el art. 1583 *Code* consagra no solo la instantaneidad sino también el automatismo de la transmisión: «*la propriété est acquise de droit [...] dès qu'on est convenu [...]*».

⁷⁵⁵ En esencia, sigo el discurso de BOUCARD/DINCA, 2015, pp. 63-64; BOUCARD, 2020, pp. 412-413.

⁷⁵⁶ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 486; quienes apuntan que el matiz es importante cuando el contrato se somete a una determinada forma para su validez. En similar sentido, BOUCARD/DINCA, 2015, p. 61 apelan a la transmisión *solo consensu* «*ou mieux dit solo contractu*».

⁷⁵⁷ Recurren a ella DEMOLOMBE, 1877, p. 398; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 899 y 1246; MAZEAUD, 1963, p. 734; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 590; FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2015, p. 290; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 157; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 475; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 390.

Como he indicado, el antiguo art. 1138 *Code*, al igual que el art. 1452 Cc, es de difícil inteligencia. Nadie considera satisfactoria su letra⁷⁵⁸ y se hacen interpretaciones, algunas de ellas correctivas, que tratan de darle coherencia. Tanto para la cuestión de la propiedad como la de el riesgo, los autores recortan o cambian esto o lo otro del precepto y juntan este y aquel extracto según consideren necesario en busca de claridad. De forma aislada, DEMOLOMBE, quien reconoce que el precepto presenta una redacción singular y casi enigmática, entiende que el art. 1138 *Code* ha de ser mantenido en su literalidad para apreciar su verdadero sentido. Solo ha Historia –apunta el autor– permite explicar la letra del artículo⁷⁵⁹.

Localizar y explicar el germen del sistema francés de la transmisión de la propiedad *solo contractu* –ingente tarea– no es mi propósito en las siguientes líneas, donde solo plasmo unas cuantas notas con las que me sitúo mejor para explicar la dicción del antiguo art. 1138 *Code*.

Acaso el sistema tiene su origen, según indica RICCOBONO, en la *traditio* justiniana, que sigue su devenir histórico hasta cristalizar en el *Code*⁷⁶⁰, como de forma semejante apela GORLA a la *emptio perfecta* justiniana para explicar el régimen de la compraventa traslativa establecido en el *Codice* de 1865⁷⁶¹ y BETTI el posterior *Codice* de 1942⁷⁶². Si bien plausible para unos⁷⁶³, no para otros⁷⁶⁴, la

⁷⁵⁸ Letra equívoca según DURANTON, 1846a, p. 431. Redacción viciosa y deplorable, dice MARCADÉ, 1852a, p. 388; incorrecta, oscura y apenas inteligible, apunta LAURENT 1878a, pp. 271 y 419. Precepto de mala factura, señalan CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 482.

⁷⁵⁹ DEMOLOMBE, 1877, p. 396 y 399.

⁷⁶⁰ RICCOBONO, 1912, p. 259.

⁷⁶¹ GORLA, 1934, p. 317.

⁷⁶² BETTI, 1969, p. 198.

⁷⁶³ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 196, sí ve el germen de la compraventa traslativa francesa en la compraventa con proyección alienatoria de la Compilación Bizantina. También reconoce el influjo, en esta materia, del Iusnaturalismo y el *Droit coutumier*; que no se oponen, sino que acentúan el sistema espiritualizado de la *traditio* justiniana (p. 145). El autor, no obstante, no coincide con Gorla, cuando este autor apunta que el sistema italiano reproduce el concepto de la *emptio perfecta*. Lo reproducirá en cuanto al riesgo, dice el autor salmantino, pero no por lo que se refiere a la transmisión dominical que opera el propio contrato en el ordenamiento italiano pero no, en cambio, en el sistema bizantino (p. 197).

doctrina francesa apela a fundamentos más recientes para explicar la raíz de la compraventa traslativa. En primer lugar, existe un reconocimiento de que el *Code* ha consagrado la solución propia del Derecho Natural que ya no exige la tradición para la transmisión de la propiedad y considera suficiente el consentimiento⁷⁶⁵; influjo que se podría encontrar en el Discurso Preliminar de 1801 sobre el Proyecto del *Code* de PORTALIS⁷⁶⁶. En segundo lugar, BUFNOIR trae a colación una práctica procedente de la antigua jurisprudencia: la denominada cláusula de *dessaisine-saisine*. En virtud de esta, el vendedor declaraba desprenderse de la propiedad y posesión para investir al comprador. La cláusula devino por completo de estilo en los contratos que tenían por objeto transmitir la propiedad hasta el punto de que, en alusión a los resultados prácticos, algún autor como Argou (1787) llega a afirmar que la compraventa transmitía la propiedad. Se trata – dice el autor– del «prefacio indispensable» del art. 1138 *Code* y su correcta comprensión; pues el *Code* no llega a adoptar una fórmula como la anterior, sino una letra ambigua⁷⁶⁷.

El precepto somete al intérprete a un tedioso circunloquio. Imbuido de las doctrinas del Derecho antiguo que requieren la tradición para la transmisión de la propiedad, el legislador de 1804 no consigue franquearlas⁷⁶⁸. Ello se aprecia en las observaciones de BIGOT-PRÉMANEU⁷⁶⁹ y, sobre todo, de PORTALIS; quien señala que «*il s'opère*

⁷⁶⁴ DUBARRY, 2014, p. 42.

⁷⁶⁵ LAURENT, 1878a, p. 419. Según explica BUFNOIR, 1924 (2005), p. 37: «*Notre ancienne jurisprudence n'avait pas admis théoriquement cette conception philosophique, mais elle était arrivée en fait à un résultat qui n'en était guère éloigné, et, qui revenait presque déjà à admettre la transmission réalisée par le seul effet de la convention*».

⁷⁶⁶ PORTALIS 1801 (1978), p. 92 y 104: «En la regulación de los contratos, hemos desarrollado en primer lugar los principios del Derecho natural aplicable a todos ellos». «El derecho de propiedad es, pues, en sí, una institución directa de la naturaleza [...]».

⁷⁶⁷ BUFNOIR, 1924 (2005), pp. 37-38.

⁷⁶⁸ LAURENT, 1878a, p. 422.

⁷⁶⁹ Dice BIGOT-PRÉMANEU que el consentimiento de los contratantes hace perfecta la obligación de *livrer* la cosa. Ya no es necesaria la tradición real para que el acreedor deba ser considerado como propietario «*aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé*» (FENET, 1836a, p. 230).

par le contrat une sorte de tradition civile»⁷⁷⁰. Según el art. 1136 *Code*, «*L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver*»; obligación de *livrer* que apela a la necesidad de realizar la tradición para transmitir la propiedad (*donner*)⁷⁷¹. La tradición no se suprime en la teoría, pero lo que sucede es que, siendo necesaria para la transmisión de la propiedad, se considera realizada por el solo consentimiento⁷⁷²; de ahí que se hable de una tradición fingida resultante de pleno derecho del consentimiento que constituye el contrato. Tal sería el pensamiento del legislador, por muy criticable que sea⁷⁷³. El art. 1138 *Code*, siguiendo la estela de la práctica anterior, sobrentiende la cláusula de *dessaisine-saisine*; ya no es necesaria y se entiende siempre implícita, de pleno derecho, en el contrato⁷⁷⁴. Por ello, aunque hay quien diga que la transmisión por la conclusión del contrato se trata de una de las grandes o más importantes innovaciones del *Code*⁷⁷⁵, otros señalan que la innovación no es tanta⁷⁷⁶. Con estos mimbres, la doctrina sorteja las dificultades que ofrece el art. 1138 *Code*.

⁷⁷⁰ Apunta PORTALIS que anteriormente era necesaria la tradición y una ocupación corporal para consumir la transmisión de la propiedad. Ahora, por la sola expresión de la voluntad, se adquiere y se transmite todas las cosas. El contrato opera una suerte de tradición civil que consuma la transmisión del derecho. «*Présentation au Corps Législatif et Exposé des Motifs par M. Portalis*» tras la Discusión y redacción definitiva dada por el Consejo de Estado a la regulación de la compraventa en el Proyecto de *Code* en fecha de 23 de febrero de 1804 (FENET, 1836b, p. 112).

⁷⁷¹ DEMOLOMBE, 1877, p. 400.

⁷⁷² BUFNOIR, 1924 (2005), p. 39.

⁷⁷³ MARCADÉ, 1852a, p. 390. También LAURENT, 1878a, p. 423, alude a la *tradition feinte* resultante del consentimiento. Ambos autores muy críticos con la dicción del art. 1138 *Code*.

⁷⁷⁴ BUFNOIR, 1924 (2005), p. 40. Con anterioridad, DEMOLOMBE, 1877, pp. 401-402. El autor remarca que el antiguo Derecho, aunque mantuvo siempre la necesidad de tradición, en realidad la había suprimido de hecho. Y los redactores del *Code* hacen lo mismo: la obligación de *livrer*, es decir la necesidad de la tradición, se mantiene o, al menos, se supone que se mantiene. Ya DELVINCOURT, 1824b, p. 64, se refiere a la propiedad *acquise de droit*.

⁷⁷⁵ DURANTON, 1846a, p. 439; LAURENT, 1878a, p. 419. De un «progreso notable» hablan HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 158.

⁷⁷⁶ MARCADÉ, 1852a, p. 390; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 1246; BOUCARD/DINCA, 2015, p. 64. LAROMBIÈRE, 1857a, p. 421, llega a hablar de pequeña y estéril innovación.

En primer lugar, cuando el precepto dice que la obligación de *livrer* «*est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*», la perfección no significa que la obligación ha sido formada, sino que ha sido cumplida; *accomplie*, *executée* o *consomée*, se dice⁷⁷⁷. El término perfección muestra en el *Code* toda la riqueza y complejidad que, en el Derecho español, asoma con timidez a través del art. 1452.3 Cc. A la perfección alude el art. 1138 *Code*, el art. 1583 *Code* al señalar que la compraventa «*est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise [...]*» y el art. 1585 *Code* que, de una forma muy instructiva para una mejor comprensión del alcance del concepto en materia del riesgo, afirma en su literalidad: «*la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à [...]*»⁷⁷⁸. Así las cosas, se recurre al término perfección para aludir a la transmisión de la propiedad, como ya hacían los redactores del *Code*⁷⁷⁹, a la conclusión del contrato⁷⁸⁰ o a la transmisión del riesgo al comprador⁷⁸¹. Los que pongo en nota son unos pocos ejemplos del uso indistinto que se hace del término, con base en este u otro precepto, para sus diversos significados; uso incluso entremezclado, señalándose a renglón seguido que la compraventa es perfecta para esto –contrato celebrado y vinculante– pero no para lo otro –transmisión de la propiedad y/o de los riesgos–⁷⁸². También se apela a

⁷⁷⁷ FAUVRE en FENET, 1836b, p. 183; MARCADÉ, 1852a, p. 391; DEMOLOMBE, 1877, p. 400; BUFNOIR, 1924 (2005), p. 39. Parece que en contra LAURENT, 1878a, p. 423. Pero remarcan DEMOLOMBE, 1877, p. 400 y BUFNOIR, 1924 (2005), p. 39, que no tendría mucho sentido entender que perfección quiere decir formación de la obligación. Ello sería una repetición inútil porque se presupone que el contrato ya se ha concluido. Ya DELVINCOURT, 1824b, p. 64, habla de «compraventa perfecta» para aludir a la transmisión de la propiedad.

⁷⁷⁸ Estudio con detenimiento el precepto más adelante. Capítulo 3, II.

⁷⁷⁹ Tal significado se aprecia sin duda en las palabras de BIGOT-PRÉAMENEU, PORTALIS, FAUVRE y GRENIER (FENET, 1836a, p. 230 y 1836b, pp. 112, 152 y 182).

⁷⁸⁰ DELVINCOURT, 1824b, p. 64; DURANTON, 1846a, p. 429; LABBÉ, 1869-1870, p. 100; DEMOLOMBE, 1871, pp. 361-362; LAURENT, 1878a, 423; AUBRY/RAU, 1952, pp. 22-23; PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 10; BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, pp. 9 y 124.

⁷⁸¹ FAUVRE en FENET, 1836b, p. 153; DELVINCOURT, 1824b, p. 122; DURANTON, 1846c, p. 28; LAURENT, 1878c, p. 139; HUC, 1894, p. 149.

⁷⁸² DELVINCOURT, 1824b, pp. 64 y 122; TROPLONG, 1845, p. 90; MARCADÉ, 1852b, p. 150. Los tres reflexionando sobre la compraventa de cosas genéricas.

la idea de la «*propriété parfaite*» para aludir al pleno cumplimiento del contrato de compraventa⁷⁸³.

En segundo lugar, cuando el art. 1138.2 *Code* señala que la obligación de *livrer* –ya perfecta, es decir cumplida, por la conclusión del contrato «*rend le créancier propriétaire [...] dès l'instant où elle a dû être livrée*», la doctrina entiende que la letra del precepto, en su literalidad, establece un sin sentido. Parecería que apela al cumplimiento de la obligación de *délivrance* para la transmisión de la propiedad; de donde resultaría que si se establece un término para el cumplimiento de esta obligación no hay transmisión de la propiedad hasta su vencimiento⁷⁸⁴. Así se proponen fórmulas para corregir esa mala dicción del precepto y revelar la verdadera voluntad del legislador: la expresión «*dès l'instant où elle a dû être livrée*» debe entenderse, por ejemplo, como «*dès l'instant où a pris naissance l'obligation de livrer*»⁷⁸⁵, «*dès l'instant où a dû se faire, ou est censée s'être faite, la livraison fictive*»⁷⁸⁶ o «*dès l'instant où la livraison a été due*»⁷⁸⁷. Solo DEMOLOMBE considera la letra del precepto exacta⁷⁸⁸.

⁷⁸³ HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 158; BOUCARD, 2016, p. 533.

⁷⁸⁴ LAURENT, 1878a, p. 423; lo cual para el autor sería una «verdadera herejía». Nótese que el autor habla en sede de este precepto de la *délivrance*, que no *livraison*, al igual que DURANTON, 1846a, p. 457. Como dicen CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 482, el precepto trataba de la obligación de *livrer*, confundida con la de *délivrer*, en lugar de la obligación de *donner*; cuya definición ni siquiera estaba esbozada. El *Avant-projet Catala* proponía en sus arts. 1152 y 1151-1 una reforma mucho más cercana a la actual letra de los antiguos arts. 1136 y 1138 *Code*. No es preciso entrar en ellos. Solo he de señalar que, entre las modificaciones, se recurre a los términos *délivrer* y *délivrance* en lugar de *livrer* y *livraison*. Como explican LEVENEUR/ LÉCUYER, 2006, p. 51, se trata de términos ambiguos. La *livraison* del art. 1138 *Code* era en realidad la *délivrance*, es decir, el hecho de poner la cosa a disposición de la otra parte contractual. Los redactores del *Code* habían utilizado las palabras *délivrance* (arts. 1603 y ss. *Code*) y *livraison* como sinónimas.

⁷⁸⁵ DELVINCOURT, 1824a, p. 527; BUFNOIR, 1924 (2005), p. 41.

⁷⁸⁶ MARCADÉ, 1852a, p. 392.

⁷⁸⁷ LAURENT, 1878a, p. 423; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 380.

⁷⁸⁸ DEMOLOMBE, 1877 p. 404, sostiene que se debe mantener la literalidad de la conflictiva expresión del precepto para comprender su verdadero significado. Según el autor, el precepto no requiere ningún cambio por la sencilla razón de que estas palabras no se refieren a la *tradition réelle*, sino a la *tradition fictive*. Lo que el precepto quiere decir es que, incluso en el caso en que la *tradition réelle* sea retardada por un término, la *tradition fictive*, que transmite

Las partes pueden acordar que hasta cierto término no se transmita la propiedad⁷⁸⁹, pero un término para la *délivrance* no altera la transmisión de la propiedad por y desde la conclusión del contrato⁷⁹⁰. Ello tiene directas consecuencias a efectos de la transmisión del riesgo, como explico más adelante⁷⁹¹.

Así, tras este rodeo que compendia MARCADÉ⁷⁹², esta teoría «sutil y falsa» como dice el autor⁷⁹³ en la que el resultado es la transmisión de la propiedad con independencia de toda tradición⁷⁹⁴, el sentido de la ley es que la propiedad se transmite *por* (automatismo), y quizás *desde* (instantaneidad), la conclusión del contrato; los dos pilares del sistema traslativo que no siempre se distinguen con claridad⁷⁹⁵. Para unos el

la propiedad, se cumple por efecto del contrato («*dès l'instant où elle a dû être livrée*»). La *tradition fictive* –reitera el autor– necesaria para la transmisión de la propiedad, se considera siempre realizada incluso cuando hay un término que retarda la *tradition réelle*.

⁷⁸⁹ *Idem*; BEUDANT, 1938, pp. 114 y 122.

⁷⁹⁰ DELVINCOURT, 1824a, pp. 527-528; DEMOLOMBE, 1877 p. 404; LAURENT, 1878a, p. 423; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 380; MARCADÉ, 1852a, p. 392; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 565. Tras la reforma de 2016, así se pronuncian TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 391.

⁷⁹¹ *Vid.* Capítulo 3, VII. Habré de notar que la expresión del precepto se me antoja muy similar a esas cuestionadas palabras de BIGOT-PRÉMANEU cuando dice que el acreedor es propietario «*aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé*» (FENET, 1836a, p. 230).

⁷⁹² MARCADÉ, 1852a, p. 393: 1.º La *convention de donner* primero crea la obligación. 2.º Esta obligación (*donner*) implica la de *livrer*; hacer la tradición. 3.º Es el cumplimiento de esta obligación –en otros términos, es la tradición– la que transmite la propiedad. 4.º Pero esta tradición no tiene que ser real, porque el propio consentimiento contiene en sí mismo y de pleno derecho una tradición ficticia que produce el mismo efecto. 5.º Esta tradición ficticia es la que opera la transmisión del derecho real.

⁷⁹³ *Idem*.

⁷⁹⁴ DURANTON, 1846c, p. 18, con relación al art. 1583 *Code*. También BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 6; quienes señalan que los trabajos preparatorios del *Code* no dejan duda alguna sobre la voluntad del legislador.

⁷⁹⁵ La doctrina muestra confusión al respecto. Pongo un par de ejemplos. Algunos autores solo remarcan el efecto automático de la transmisión. Así, DEMOLOMBE, 1877, pp. 397 y 403, habla de transmisión de la propiedad *por* efecto del contrato. Pero dice que esto es así si el contrato recae sobre un cuerpo cierto. Se equivoca. Que el objeto del contrato sea una cosa determinada es decisivo para que la transmisión se produzca *en el momento* de la conclusión del contrato (inmediatez) pero no para que se produzca *por* el contrato (automatismo). LAURENT, 1878a, p. 423, en cambio, remarca el carácter inmediato de la transmisión: *desde el momento* del contrato. Por eso entiende a continuación que el art. 1138 *Code* es inaplicable si

sistema está en realidad claramente expresado en el texto⁷⁹⁶ y para otros no tanto⁷⁹⁷.

Ante este panorama, y con un ánimo de buscar una «fórmula más explícita»⁷⁹⁸, en virtud de la reforma de 2016, el nuevo art. 1196 *Code* «retoma»⁷⁹⁹ el «principio tradicional [...] ya afirmado» en el art. 1138 *Code*⁸⁰⁰. Ninguno de los proyectos presentados para reformar el art. 1138 *Code* –ni el *Avant-Projet Catala*⁸⁰¹, ni el *Avant-Projet Terré*⁸⁰², en el cual se inspira la *Ordonnance* de 2016⁸⁰³– tratan de cambiar el sistema clásico francés de la transmisión de la propiedad. Tampoco el *Avant-Projet Capitant* en su propuesta de reforma de la definición del contrato de compraventa en el art. 1582 *Code*⁸⁰⁴. No obstante, el sistema traslativo *solo contractu* no se acepta de forma pacífica.

el objeto del contrato se trata de una cosa indeterminada. Equivocadamente, dice a renglón seguido que solo se concibe la transmisión de la propiedad *por el solo efecto* del contrato cuando la cosa es determinada. El autor debería decir aquí «desde». Está confundiendo el carácter automático con el aspecto inmediato de la transmisión; apela al primero cuando quiere referirse al segundo.

⁷⁹⁶ En este sentido, BUFNOIR, 1924 (2005), pp. 38-39; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 1247. Los autores juntan dos extractos del art. 1138.2 *Code* para sustentar su opinión: «*Elle rend le créancier propriétaire*» «*encontre que la tradition n'en ait point été faite*». Además, apelan a la dicción de los arts. 1583 y 938 *Code*; este último en sede del contrato de donación. Según el precepto, «*La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition*». Dice el primer autor que el precepto supone que hay una primera tradición que se tiene por cumplida. Para los segundos autores, la redacción del artículo recuerda a épocas pasadas en que el acto de la donación contenía, expresa o implícitamente, una cláusula de *dessaisine-saisine* que dispensaba de realizar «la otra» tradición; es decir, la tradición real.

⁷⁹⁷ Dice MARCADÉ, 1852a, p. 388, que el texto está lejos de expresarse con claridad. LAURENT, 1878a, p. 422, entiende que el legislador no tenía una visión clara del sistema que estaba formulando y, dado que las ideas no estaban claras, los textos debían ser también oscuros.

⁷⁹⁸ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 484, hablan de un saludable trabajo de clarificación.

⁷⁹⁹ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 390, hablan de «reafirmación».

⁸⁰⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14.

⁸⁰¹ LEVENEUR/LÉCUYER, 2006, p. 51.

⁸⁰² REMY, 2009, p. 249.

⁸⁰³ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 483.

⁸⁰⁴ BOUCARD, 2020, p. 414.

Volviendo sobre los dos fundamentos sobre los que cristaliza la transmisión *solo contractu* francesa, influjo del Derecho natural y la cláusula de *dessaisine-saisine*, DUBARRY se muestra muy crítico con ambos. Por un lado, cree que la evolución que se quiere ver desde la cláusula de *dessaisine-saisine* hasta la transmisión *solo contractu* es errónea y que uno de los factores de confusión que conduce a tan concepción del sistema traslativo fue precisamente el *couplage* entre transmisión de la propiedad y del riesgo que a su entender es difícilmente verificable tras cotejar los escritos de Bourjon (1747) y Boutaric (1740)⁸⁰⁵. El autor entiende que no se pueden invocar *l'Ancien Droit et des Coutumes* para legitimar la transición hacia una transmisión *solo contractu*.⁸⁰⁶ Por otro lado, tras realizar un estudio de los textos de Grotius y Puffendorf, el autor concluye que, si los dos autores admiten que la propiedad se puede transmitir por el solo efecto del consentimiento según el Derecho natural, Grotius precisa que no corresponde al Derecho natural, sino a las leyes civiles, definir las modalidades de tal operación; el primero sienta los principios y las segundas regulan su puesta en práctica. En cuanto a los escritos de Puffendorf, DUBARRY entiende que el criterio que el jurista maneja para la cuestión del riesgo no permite considerarlo como partidario de una transmisión *solo contractu*. Ni Grotius ni Puffendorf pueden invocarse como origen de tal sistema traslativo, entiende⁸⁰⁷. Por mi parte, reservo para más adelante la crítica a la supuesta influencia que la opinión de estos autores en cuanto al riesgo haya podido tener en la

⁸⁰⁵ DUBARRY, 2014, pp. 45-46: «De la combinaison de ces divers points de vue, se dégage l'évolution suivante: le mécanisme des clauses de *dessaisine-saisine* insérées dans le contrat de vente et leur déclin progressif, même si elles ne valaient qu'en matière immobilière, sont à l'origine de la désuétude pratique de la règle selon laquelle ce n'est pas le contrat, mais la tradition qui transfère la propriété. [...] Cette vision des choses, rapprochée de celle qui postule l'identité du transfert de propriété et du transfert des risques, opère une simplification théoriquement injustifiable (car ne prenant en compte que les manifestations extérieures des mécanismes, et non ceux-ci dans leur globalité, incluant la dimension volontaire) aboutissant à une conception du transfert de propriété *solo contractu*. Si la doctrine exposée ici permet de comprendre comment on a pu en arriver à ce stade, une analyse appliquée de la pratique a montré que de telles déductions ne peuvent être autorisées et doivent être considérées comme erronées».

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 48-53.

recepción por el Derecho francés de la máxima *res perit domino* en la compraventa.

Así las cosas, DUBARRY concluye que no se puede atribuir a ninguna práctica o teoría anterior a la Codificación la paternidad de una pretendida transmisión de la propiedad *solo contractu*. En su opinión, si los autores del Derecho natural pueden considerarse como el origen de una concepción de la transmisión de la propiedad *solo consensu*, se debe evitar, por una analogía a menudo realizada entre las dos expresiones, considerarlos padres de dicha *supuesta* transmisión *solo contractu*. El autor observa en el *Code* trazas de una separación entre el contrato y la transmisión de la propiedad y así encamina su estudio⁸⁰⁸.

Ya HUC realiza una crítica encarnizada al régimen de la transmisión por efecto del contrato: el sistema «*n'est qu'une de ces superfétations, une de ces subtilités pueriles, idola fori, qu'il faut bannir d'une législation sérieuse*». El autor entiende que el legislador se ocupa de este efecto restringido entre las partes solo para justificar mejor la solución dada a la cuestión de la transmisión del riesgo. La transmisión de la propiedad tiene interés respecto de terceros, pero en realidad –opina– no hay ningún interés en saber si el acreedor de una cosa debe ser considerado, frente a su deudor, propietario⁸⁰⁹.

Precisamente, la oponibilidad *erga omnes* de la transmisión de la propiedad y cuestiones adyacentes –transmisiones sucesivas, el rol de la buena fe en la adquisición, la posesión o la publicidad registral– son aspectos que enriquecen el debate relativo a la a la realidad de la transmisión *solo contractu*⁸¹⁰. No son objeto de la presente

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 54 y ss.

⁸⁰⁹ HUC, 1894, pp. 148-149.

⁸¹⁰ Referencias al estado de la disputa en BOUCARD/DINCA, 2015, pp. 64-66. Con especial atención al régimen de la publicidad registral, BOUCARD, 2017, *passim*. A pesar de que el régimen de la publicidad registral puede afectar el sistema *solo contractu*, señala: «*De là à conclure que, le contrat ne produisant pas inmanquablement son effet réel au-delà des parties, ce dernier n'est qu'un mythe désuet, il y a un pas que l'on se gardera de franchir*» (p.

investigación tales cuestiones, que aquí solo he dejado apuntadas en la medida en que se trae a colación la cuestión de la transmisión del riesgo. En este sentido, autores que cuestionan la realidad de sistema traslativo *solo contracto* encuentran en la letra del art. 1138 *Code* fundamento para poner distancia entre la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo⁸¹¹. A ello me refiero más adelante.

En fin, la transmisión de la propiedad *solo contractu* es una de las tres «*querelles françaises*»⁸¹², junto a la existencia o inexistencia de la obligación de transmitir la propiedad y el sistema de la transmisión del riesgo, que ninguna recodificación concluirá⁸¹³. Acabo este apartado con una muy sucinta referencia a dicha segunda disputa para referirme posteriormente a la cuestión de la transmisión del riesgo.

En la medida en que la transmisión de la propiedad se produce por efecto del contrato, tradicionalmente se ha cuestionado la existencia de una obligación de transmitir la propiedad por mucho que los antiguos arts. 1136 y ss. *Code* la regulasen⁸¹⁴: «*elle meurt en naissant*»⁸¹⁵. De ahí que se considere correcto que el art. 1603 *Code* diga que las dos obligaciones *principales* del vendedor son *délivrer* y

138). Reitera su posición en BOUCARD, 2020, p. 415, tanto para materia mobiliaria como inmobiliaria.

⁸¹¹ BLANLUET, 2004, pp. 416-425. El autor señala (p. 416) que el principio de la transmisión inmediata de la propiedad desde el contrato tiene poco alcance porque su campo de aplicación es limitado y porque su contenido se reduce, entre otras cosas, por la cuestión de la oponibilidad de la transmisión (p. 421). Posteriormente, desliga la cuestión de la propiedad y la transmisión del riesgo (pp. 423-425). También DANOS, 2007, pp. 376-385, muy crítico con el supuesto sistema traslativo *solo contractu* dado que la oponibilidad *erga omnes* es una condición necesaria y consustancial al derecho absoluto de propiedad, cree que las soluciones para la cuestión del riesgo y la propiedad en el art. 1138 *Code* son distintas (pp. 398-405).

⁸¹² Tomo la expresión de BOUCARD/DINCA, 2015, p. 78.

⁸¹³ BOUCARD, 2020, p. 410.

⁸¹⁴ DEMOLOMBE, 1877, p. 403; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, pp. 388 y 1600-1601; CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 483. En sede de compraventa, GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 589. Dice MARCADÉ, 1852a, p. 387, que el precepto habla de «obligación» cuando debería hablar de «contrato»; se trata de una sinonimia desafortunada que aceptan los redactores del *Code*. Crítico con esta sustitución de términos en el precepto, DEMOLOMBE, 1877, p. 399; para quien este u otros cambios propuestos son mutilaciones del precepto.

⁸¹⁵ BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 232.

garantizar la cosa vendida; ninguna mención debería hacer a una obligación que no existe⁸¹⁶. Se ha dicho que solo existiría dicha obligación si la transmisión no se realiza en el momento del contrato (inmediatez)⁸¹⁷. Pero también se ha desmentido tal posibilidad porque, llegado el instante en que se debe transmitir la propiedad, tal transmisión se realizará automáticamente; de forma que la obligación de dar tampoco tendría verdadera consistencia⁸¹⁸. Según otra opinión, la transmisión de la propiedad sí constituye una verdadera obligación⁸¹⁹. Así se ha dicho que el automatismo de la transmisión no es suficiente para excluir la ejecución de la obligación, simplemente oculta por su carácter intangible, ni para excluir el incumplimiento de la obligación por una causa anterior al momento relevante para la transmisión y, en consecuencia, activar la garantía de evicción⁸²⁰; aspecto, este último, que me resulta particularmente persuasivo.

El legislador de 2016 toma posición en el nuevo art. 1196 *Code*, sigue la estela del *Avant-projet Terré*⁸²¹ y apuesta por el «abandono»⁸²² de la obligación de dar –junto a la obligación de hacer y no hacer–; ello se observa en la ordenación sistemática del precepto⁸²³. No obstante,

⁸¹⁶ MARCADÉ, 1852b, p. 218; PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 74; MAZEAUD, 1963, p. 706.

⁸¹⁷ PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 74. BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 232; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 388.

⁸¹⁸ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 485. Con otra perspectiva, BEUDANT, 1938, p. 156, viene a decir que este supuesto es el que confirma que sí existe la obligación de transmitir la propiedad, aunque se pueda ejecutar automáticamente desde el momento de la conclusión del contrato y el art. 1603 *Code* no haga referencia a ella. Se trata, dice, de la primera obligación del vendedor.

⁸¹⁹ LAURENT, 1878c, p. 7; quien critica al legislador de 1804 por no cambiar la antigua definición de la venta que recoge el art. 1582 *Code* cuando, en cambio, sí cambia los antiguos principios. En el mismo sentido, TROPLONG, 1845, p. 8; AUBRY/RAU, 1952, p. 1.

⁸²⁰ BOUCARD, 2005, pp. 300-301; BOUCARD/DINCA, 2015, pp. 78-80; BOUCARD, 2016, pp. 534-535. Precisamente, por esta razón los autores critican que el art. 1599 *Code* sancione con la nulidad la venta de cosa ajena; se debería recurrir a la garantía de evicción. Los dos autores en pp. 83-84. La autora sola en la obra de 2016, p. 542.

⁸²¹ Contraria es la opción del *Avat-Projet Catala*, que mantiene la obligación de dar.

⁸²² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14.

⁸²³ El antiguo art. 1138 *Code* se encuentra en una sección titulada «*De l'obligation de donner*» de un capítulo rubricado «*De l'effet des obligations*». El nuevo art. 1196 *Code* se sitúa en una subsección titulada «*Effet traslatif*» en una sección sobre «*Les effets du contrat entre les parties*».

aunque se haya celebrado el supuesto fin de la contienda sobre la realidad de la obligación de dar⁸²⁴, los argumentos en pro de su existencia invitan a mantenerla viva⁸²⁵.

Apunto en este momento que el sistema traslativo francés es, en su día, asumido por el art. 981 del Proyecto de Código civil español de 1851. Extracto aquí aquello que ahora interesa del precepto: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad [...]/ La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está á su riesgo desde que el deudor queda obligado á su entrega, [...]»⁸²⁶.

El texto se me antoja algo más nítido que el del art. 1138 *Code*. No apela a una perfección (léase ejecución) de una obligación de entrega que transmitiría la propiedad; está dirigiendo su mirada al contrato. Tampoco utiliza una fórmula confusa como la de «*dès l'instant où elle a dû être livrée*» que recoge su homólogo francés. En atención a los signos de puntuación, en principio parecería que la expresión «desde que deudor queda obligado á su entrega» solo se refiere a la cuestión del riesgo; pero es razonable entender que completa el inicio del párrafo —«La propiedad pasa al acreedor [...]»— que, sin dicha

⁸²⁴ Respecto al art. 93 del *Avant-projet Terré*, dice REMY, 2009, pp. 249-250 que, sin modificar el sistema francés de la transmisión de la propiedad, se reformula evitando el rodeo de una obligación de dar ejecutada tan pronto como nacida. Se dice adiós sin lamentos a la controversia metafísica sobre la existencia de esta especie de obligación; el efecto traslativo es un efecto del contrato, no un efecto de una obligación considerada ejecutada desde el intercambio de los consentimientos. Nótese que las apreciaciones del autor en realidad solo se dirigen al aspecto instantáneo y no al automático de la transmisión. Para TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 1601, la reforma de 2016 trata oportunamente la cuestión y demuestra la inutilidad de recurrir a una pretendida obligación de dar.

⁸²⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 475, apuntan que la desaparición de la obligación de dar podría ser prematuro. Para BOUCARD, 2020, p. 414, la *Ordonnance* de 2016 deja el debate intacto y la clasificación de las obligaciones según el objeto de la prestación sobrevivirá a su supresión normativa.

⁸²⁶ Art. 981 Proyecto de Código civil de 1851: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes, del título 20, libro 3 de este Código./ La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está á su riesgo desde que el deudor queda obligado á su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006./ El que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará también de su aumento ó mejora».

expresión, parece que queda en el aire sin que se explique cómo y/o cuándo se produce la transmisión de la propiedad. En efecto, es criticable que el precepto centre su atención en el carácter inmediato y eventual (desde) y no el automático y fijo (por) de la transmisión de la propiedad que queda subyacente.

Curiosamente, GARCÍA GOYENA –quien señala que la norma es «enteramente contraria» al sistema romano y patrio y la concuerda con el art. 1138 *Code*– reproduce las palabras de Bigot-Préameneu relativas al precepto francés para explicar el precepto español y ello es confuso⁸²⁷. En atención a la literalidad del texto, no le hacía falta apelar a esa perfección (ejecución) de la obligación de entrega para explicar la transmisión de la propiedad *por* y *quizás desde* la conclusión del contrato.

2. Transmisión del riesgo paralela a la transmisión de la propiedad

Si la propiedad se transmite por el contrato (automatismo) y a veces en el momento de su celebración (instantaneidad), lo mismo se ha de decir del riesgo; la forma y el tiempo en que se transmite la primera determina la forma y modo en que se transmite el segundo. En sede del art. 1583 *Code*, MAZEAUD realiza una descripción de esta correlación que yo me permito, con todos los respetos, modificar.

MAZEAUD dice: El principio de la transmisión de propiedad *solo consensu* contiene, en realidad, dos reglas distintas e implica una tercera. Por un lado, el contrato de compraventa transmite la propiedad, por otro, la transmite inmediatamente y, por último, transmite inmediatamente los riesgos. No hay excepción para la

⁸²⁷ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 520: «La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado á entregarla. Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho á la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*)».

primera regla. Las otras dos sí presentan excepciones muy importantes⁸²⁸.

Yo diría: El sistema de la transmisión de la propiedad *solo contractu* contiene una regla y *supuestamente* un principio e implica otra regla. La primera regla es que el contrato de compraventa transmite automáticamente la propiedad, el principio sería que la transmite inmediatamente y la segunda regla es que la transmisión de la propiedad conlleva –«*emporte*», dice el art. 1196.3 *Code*– la transmisión del riesgo al comprador. La primera regla no presenta excepciones⁸²⁹, el principio presenta tantas modulaciones que cabe preguntarse si es un verdadero principio y la segunda regla –nunca se ha dudado⁸³⁰– es dispositiva⁸³¹. Ello permite vislumbrar que esa idea de la transmisión del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato presenta muchas modulaciones⁸³².

Alzado el supuesto de compraventa de cosa específica como paradigma de regulación, en esta materia ha adquirido centralidad la inmediatez de la transmisión del riesgo en el momento de la celebración del contrato y la insistencia en sus supuestas excepciones. Es curioso observar que, incluso en fechas recientes, se entienda – como con relación a la transmisión de la propiedad– que la transmisión del riesgo con posterioridad a la fecha del contrato es

⁸²⁸ MAZEAUD, 1963, p. 732;

⁸²⁹ Me abstraigo adrede del debate que cuestiona la realidad del sistema traslativo *solo contractu*.

⁸³⁰ MAZEAUD, 1963, p. 745; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 168; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 628.

⁸³¹ BOUCARD, 2020, p. 422: «*L'article du Code civil l'omet mais cela va encore de soi, l'association du transfert des risques au transfert de propriété est supplétive de volonté*».

⁸³² Como ya he explicado, en el ámbito del Derecho español se ha instalado esa reverberante idea, sostenida sobre el mito, de que la regla en nuestro ordenamiento, salvo excepciones, es la atribución del riesgo al comprador desde el momento de la conclusión del contrato; idea que ha potenciado esa apreciación de que la disciplina del riesgo quebranta de forma flagrante la relación de reciprocidad que une a las partes. Ya he explicado que no la quebranta tanto, por mucho que no sea una regla satisfactoria ni en la técnica ni en la práctica, y no he de volver a repetirme (*Vid.* Capítulo 1, IV). Ahora he de señalar que algo similar ha pasado con relación a la norma francesa.

posible aunque excepcional⁸³³; excepcionalidad que también se atribuye a esta particular doctrina con relación a lo que sucede en otros contratos sinalagmáticos. En efecto, en esa discusión – protagonizada de forma excesiva por la imposibilidad total fortuita⁸³⁴ – sobre si tal imposibilidad del cumplimiento de la prestación supone la automática resolución del contrato en virtud de la teoría de los riesgos o permite recurrir al remedio resolutorio para poner fin a la relación contractual y liberar a la otra parte contratante⁸³⁵, se dice que el art. 1138.2 *Code* –ahora art. 1196.3 *Code*– constituye una excepción⁸³⁶ en el contrato de compraventa para el caso de pérdida o deterioro fortuitos –reenvío desde el art. 1624 *Code*–. El comprador habrá de cumplir sin obtener la prestación. Como explicaré en las próximas líneas, esta apreciación se ha intentado combatir de forma ingeniosa aunque, a mi entender, insatisfactoria.

Es así como, en una primera aproximación la –en efecto– *especialísima* regulación del riesgo en el contrato de compraventa se sustrae de las circunstancias que la rodean y la modulan; aspectos que podrían revelar que es algo más razonable, aunque no plenamente ajustada a la reciprocidad que caracteriza al contrato. Pero la anterior presentación es perseverante, es difícil huir de ella, y afirma CAPITANT que el art. 1138 *Code* hace abstracción de la relación contractual; el legislador no se inquietó por la relación sinalagmática que liga a ambas partes contractuales⁸³⁷. En fechas más recientes, dice BLANLUET: «*Cette solution, qui nous vient du droit romain, ne laisse pas de surprendre*»⁸³⁸.

⁸³³ DESHAYES, 2017, núm. 158. Ya LABBÉ, 1869-1870, p. 148, al hilar la transmisión del riesgo y con la transmisión de la propiedad, dice: en algunas hipótesis, *raras* quizás, pero no inviables, el comprador no será propietario *desde* el día del contrato. De excepciones también habla BEUDANT, 1936, p. 295 y 1938, p. 114.

⁸³⁴ Introducción, I.

⁸³⁵ *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

⁸³⁶ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 900 y 902; CARBONNIER, 2000, pp. 349-350.

⁸³⁷ CAPITANT, 1927, p. 298.

⁸³⁸ BLANLUET, 2004, p. 424.

A) Interpretaciones preteridas: la desvinculación de ambas cuestiones

El art. 1138 *Code* presenta una letra ambivalente, pues de su literalidad cabría deducir tanto que la transmisión de la propiedad y del riesgo son cuestiones enlazadas como inconexas. En efecto, no son pocas las voces en cuya opinión los redactores del *Code* no introducen ninguna innovación en materia de riesgo. Este corresponde al acreedor desde la *perfección* del contrato⁸³⁹; su conclusión⁸⁴⁰. Incluso hay quien afirma que el legislador de 1804 quiere naturalmente consagrar la regla, ya admitida desde tiempos inmemoriales, de que el riesgo corresponde al acreedor antes de la *délivrance*⁸⁴¹. Conforme a este planteamiento, se trata de una disposición tradicional que, por tanto, debe ser interpretada conforme a la tradición⁸⁴².

Se apela al precedente histórico –Derecho romano y antiguo Derecho francés⁸⁴³– para presentar el argumento jurídico y el de equidad: respectivamente, la independencia de las obligaciones correlativas y la justa atribución de la pérdida al que se beneficia de los provechos y ventajas⁸⁴⁴. No es necesario que insista más en la crítica ya realizada a estos aspectos ya, en su día, puestos en duda por la propia doctrina francesa⁸⁴⁵ y ahora abandonados. Lo que interesa es destacar cómo estos autores, al igual que la doctrina española, heredan esa idea

⁸³⁹ DURANTON, 1846a, p. 430.

⁸⁴⁰ MARCADÉ, 1852, p. 411.

⁸⁴¹ HUC, 1894, p. 145; quien habla de *livraison*.

⁸⁴² LAURENT, 1878a, p. 269; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 383.

⁸⁴³ DEMOLOMBE, 1877, pp. 410-411.

⁸⁴⁴ DURANTON, 1846a, pp. 437-438; DEMOLOMBE, 1877, pp. 410 y 412; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 382; BEAUDANT, 1936, p. 302.

⁸⁴⁵ Para HUC, 1894, pp. 158-159, el argumento de la independencia de las contraprestaciones es manifiestamente falso. Respecto al argumento de equidad, señala que la correlación invocada no existe: las eventuales plusvalías, aunque benefician al acreedor sin que se aumente del precio, no constituyen para el deudor una verdadera pérdida; dado que este aumento de valor no estuvo jamás destinado a entrar en su patrimonio. Pero los riesgos de pérdida o deterioro que se producen y sin que se cambie la obligación del acreedor, sí que constituye una verdadera pérdida para el acreedor, pues cumple sin recibir la prestación. También LABBÉ, 1869-1870, pp. 97-99, niega dicha correlación: el riesgo de pérdida no se compensa por la oportunidad de crecimiento de la cosa. Acepta, en cambio, el argumento de la independencia entre ambas obligaciones.

genérica de que el riesgo es del comprador desde la perfección del contrato.

Además, dado que las reflexiones de este sector doctrinal toman como punto de referencia que el contrato recae sobre un cuerpo cierto y determinado, algunos añaden que el art. 1138 *Code* se basa en la máxima *debitor rei certae fortuito interitu rei liberatur*⁸⁴⁶. Se liga así el precepto con la solución del antiguo art. 1302 *Code*⁸⁴⁷; vinculación que otros niegan, pues el precepto no atendería a la cuestión del riesgo en los contratos sinalagmáticos⁸⁴⁸.

Las dificultades de la expresión «*dès l'instant où elle a dû être livrée*» también son salvadas: o se afirma –de forma paralela a lo dicho respecto de la transmisión de la propiedad– que se está aludiendo al momento de la conclusión del contrato⁸⁴⁹, o se obvia y se entiende que no alude a la cuestión del riesgo sino tan solo a la de la transmisión de la propiedad⁸⁵⁰. En efecto, se entiende que el precepto aborda –mezcla⁸⁵¹– en una misma fórmula dos cuestiones diversas: propiedad y riesgo. Y aunque se considera que el art. 1138 *Code* no establece una relación de causa y efecto entre ambas⁸⁵², su literalidad no las une⁸⁵³, la doctrina adopta diversas posiciones sobre la relación que mantienen: algunos aproximándolas, otros distanciándolas.

⁸⁴⁶ DURANTON, 1846a, pp. 433; DEMOLOMBE, 1887, pp. 408 y 414; BEAUDANT, 1936, pp. 301-302.

⁸⁴⁷ Antiguo art. 1302.1 *Code*: «*Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure*». Tras la reforma de 2016, el precepto ha sido sustituido por el art. 1351 *Code*: «*L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure*».

⁸⁴⁸ HUC, 1894, p. 157; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 380-381.

⁸⁴⁹ DURANTON, 1846a, pp. 431.

⁸⁵⁰ LAURENT, 1878a, p. 271.

⁸⁵¹ MARCADÉ, 1852a, p. 388.

⁸⁵² LAURENT, 1878a, p. 268; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 382.

⁸⁵³ DEMOLOMBE, 1887, p. 414.

Conforme a una opinión, con la transmisión al comprador de la propiedad sobre un cuerpo cierto y determinado por y desde la conclusión del contrato, hay otra razón más para atribuirle el riesgo⁸⁵⁴; si bien –se insiste– lo segundo no es una consecuencia de lo primero⁸⁵⁵. Se trataría de una relación sobrevenida, entiendo. Pero otros hipotetizan sobre un ánimo del legislador a considerar conjuntamente ambas cuestiones. DEMOLOMBE explica que, en su opinión, la verdadera base de la regulación del riesgo es la máxima *debitor rei certae fortuito interitu rei liberatur*. Pero añade con cierto titubeo: el legislador quizás ha pensado que la transmisión inmediata de la propiedad, que se opera por efecto del contrato, era un motivo de más para poner la cosa a riesgo de quien reúne a partir *de ese momento* las cualidades de acreedor de cuerpo cierto y propietario. Y como posiblemente no ignoraba que la cuestión del riesgo había sido anteriormente controvertida, no se ha de descartar la posibilidad de que el legislador haya querido que todas las opiniones fuesen satisfechas y que cada uno pudiese encontrar allí la consagración de su doctrina. Esto quizás –dice el autor– puede ser así⁸⁵⁶.

En realidad, los trabajos preparatorios del *Code* no dejan duda sobre el ánimo de sus redactores de enlazar ambas cuestiones; lo veremos enseguida. Pero otros autores niegan todo tipo de vínculo entre transmisión de propiedad y riesgo.

LAURENT pone distancia absoluta entre ambos asuntos; cree que el legislador se equivocó al tratarlos conjuntamente. El autor dice que el vendedor está obligado a entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Pero a renglón seguido –y con apoyo en el antiguo art. 1302 *Code*– señala que el vendedor cumple su obligación conservando la cosa con la diligencia de un buen padre de familia; de ahí que el

⁸⁵⁴ DURANTON; 1846a, p. 433; MARCADÉ, 1852a, p. 411. El primer autor, en sede de compraventa, acaba admitiendo la aplicación de la máxima *res perit domino*: DURANTON, 1846c, 27.

⁸⁵⁵ MARCADÉ, 1852a, p. 411.

⁸⁵⁶ DEMOLOMBE, 1877, p. 414. También BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 383.

comprador deba el precio. Yo creo que es un razonamiento insostenible.

Aparte de que el argumento le lleva a realizar planteamientos en sede de compraventa sometida a condición o de cosas genéricas que chocan frontalmente con el sentido de los preceptos que las regulan⁸⁵⁷, la diligencia no es como tal un acto de cumplimiento en sede de compraventa; no es la prestación prometida al comprador. Como ya he explicado, se trata del parámetro con el que el legislador del siglo XIX decide valorar la eventual responsabilidad del vendedor tras la transmisión del riesgo. Para lo que suceda a partir de este momento, que obviamente no tenga causa anterior, el vendedor no responde por aquellos incumplimientos que vayan más allá de la diligencia que desempeñe, es decir, el comprador no dispondrá de remedio alguno⁸⁵⁸.

Acaso al propio autor le parece excesiva su equivalencia entre conservar y entregar pues dice que si el vendedor actúa diligentemente y aun así se materializa el riesgo, es *como si* hubiese entregado la cosa; de ahí su derecho a la contraprestación⁸⁵⁹. Pero las ficciones no son más que eso: artificios sin fundamento. Como responde HUC, para el comprador resultará injusto y absurdo pretender que el vendedor ha cumplido su obligación; tal ficción parecería una broma con la que se le quiere hacer pagar sin recibir la cosa⁸⁶⁰. No obstante, la propuesta de este último autor –quien niega toda relación entre la cuestión de la transmisión del riesgo y la propiedad– también se me antoja una ficción.

HUC reconoce la existencia de un intervalo de tiempo entre la conclusión del contrato y la *livraison*; período que él considera un «retraso», ya sea de la parte del vendedor o del comprador. No

⁸⁵⁷ Los veremos al analizar estas modalidades de compraventa.

⁸⁵⁸ *Vid.* Capítulo 1, IV.

⁸⁵⁹ LAURENT, 1878a, pp. 267-272; quien además sostiene el débil argumento de que si el comprador tiene la oportunidad de las ganancias es justo que soporte los riesgos. También recurre a esta ficción DURANTON, 1846a, p. 437.

⁸⁶⁰ HUC, 1894, p. 157.

dedicaré más líneas para criticar este planteamiento⁸⁶¹. Sea como fuere, entiende que el art. 1138 *Code* presume la existencia de una cláusula tácita que hace pechar al comprador con el riesgo. En su opinión, cuando el vendedor se compromete a entregar al comprador la cosa en un futuro, entrega a término, por ejemplo, se queda sin la posibilidad de sustraerse de los eventuales riesgos que puedan afectar a la cosa disponiendo de ella en favor de un tercero y al contado. Así las cosas, el vendedor solo contrata con el comprador si este asume el riesgo a título de compensación o indemnización, como lo haría un asegurador. Si la cosa perece, el crédito del vendedor sería esa indemnización que coincide con el montante del precio y que, por ese motivo, parece confundirse con la acción por el pago del precio propiamente dicha⁸⁶².

Las explicaciones del autor me recuerdan a esa idea, barajada por BÉRGAMO LLABRÉS, conforme a la cual la máxima *periculum est emptoris* se justifica por un ánimo de ofrecer al vendedor la máxima seguridad y garantía en la ejecución del contrato. Pero no se entiende por qué merece tanta garantía el vendedor y tan poca el comprador⁸⁶³ y el argumento de esa hipotética venta a un tercero al contado tampoco se comprende: si existía tal oportunidad, el vendedor la habría preferido; o quizás no, si la compraventa de ejecución diferida le reportaba un mayor beneficio. Las elucubraciones son interminables.

En fechas más recientes, se ha propuesto una lectura del art. 1138 *Code* que, al menos en su resultado práctico, recuerda en cierta medida a la posición que mantengo respecto a los arts. 1452 Cc y 333 Ccom. BLANLUET⁸⁶⁴ aísla una parte del precepto francés de la siguiente manera: «*La chose est mise aux risques de l'acheteur, nous dit l'article 1138, "dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la*

⁸⁶¹ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

⁸⁶² HUC, 1894, pp. 162-163.

⁸⁶³ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, D).

⁸⁶⁴ BLANLUET, 2004, p. 424-425.

tradition n'en ait point été faite”». A su entender, no es preciso recurrir a la máxima *res perit domino*. En primer lugar, cabría pensar que el riesgo corresponde al comprador en calidad de acreedor de la obligación de *délivrance*: *res perit creditori* en oposición a *res perit debitori*.

No obstante, señala otra interpretación alternativa también alejada de la máxima *res perit domino*. Cabe entender que el riesgo es del comprador porque tiene obligación de *prendre livraison* de la cosa; en consecuencia, *res perit debitori*. Según el autor, dado que la obligación de *délivrer* es *querable et non portable* y la *délivrance* no es *livraison* sino *une mise à disposition de la chose* para que el comprador pueda «*en prendre possession*», la cosa –dice– «*l’attend, dès la conclusion du contrat, pour peu qu’elle existe et le vendeur l’ait libérée de toute entrave matérielle ou juridique*». Así se comprende mejor –entiende el autor– que el comprador soporte el riesgo: el vendedor sencillamente no debe retener la cosa y el comprador debe retirarla; encaminarla hacia sí.

La propuesta es, cuanto menos, original y *desde el punto de vista práctico* se acerca –o es lo mismo– a lo que, a mi entender, se esconde tras los arts. 1452 Cc y 333 Ccom. La cosa, como dice el autor, está esperando por el comprador en el momento de la conclusión del contrato en la medida en que el vendedor la haya liberado de todo obstáculo; es decir, la ha dejado lista. Y sería este el dato, no la mera conclusión, del que deriva la transmisión. No obstante, *desde un punto de vista teórico*, esa apelación a la máxima *res perit debitori* para justificar que el comprador pague con el riesgo así como la descripción de la obligación del vendedor que el autor realiza no me parecen asumibles. A mi entender, la transmisión del riesgo se dirige en todo caso al comprador como acreedor insatisfecho⁸⁶⁵.

⁸⁶⁵ Recuérdese la discusión, a la que me asomé de forma somera, entorno a la equivalencia y diferencia de los términos *délivrance* y *livraison*. Vid. Capítulo 1, IV, *in fine*.

Por su parte, DANOS cree que la propia literalidad del art. 1138 *Code* separa la cuestión de la transmisión de la propiedad y la del riesgo. Por un lado, el propio precepto dice que el riesgo se atribuye al *accedor*, no al propietario: *res perit creditori*. Por otro, el precepto no vincula la transmisión del riesgo al momento de transmisión de la propiedad, sino al momento en que la *livraison* debe –debía– ser ejecutada: «*dès l'instant où elle a dû être livrée*». Se trataría de un temperamento a la regla *res perit creditori*. En resumen, señala el autor que, en principio, la *livraison* es de exigibilidad inmediata en el momento de la conclusión del contrato, pero las partes pueden estipular un término para la *livraison* y postergar su exigibilidad. En ambos casos, el vendedor debe «*remettre la chose*» al comprador y este retirar la cosa «*mis à sa disposition*» en la fecha prevista para la *livraison*. Si este último no la retira, por su desidia y negligencia, debe pechar con el riesgo; es la fecha teórica de la *livraison* la desencadenante de la transmisión del riesgo⁸⁶⁶. Obsérvese que el autor primero dice que al vendedor le corresponde *délivrer* y al comprador retirar la cosa puesta a su disposición, pero también dice después que «*l'acquéreur doit permettre au débiteur d'exécuter son obligation de livraison –de remise de la chose– [...]*»⁸⁶⁷. Y a mi entender, una cosa es decir que el vendedor *cumple* poniendo a disposición (*délivrer*), y otra cosa es decir que *cumple* cuando el comprador retira la cosa (*livraison*).

Se trata de reflexiones que nos resultan conocidas, pues son también barajadas por la doctrina española para explicar el art. 1452 Cc y, como ya dije, presentan ciertos errores: se da por supuesto que la cosa está a disposición del comprador en el momento de la celebración del contrato, se le atribuye un «retraso» en el cumplimiento que, al mismo

⁸⁶⁶ DANOS, 2007, pp. 398-405. Con anterioridad, en similar sentido, BONHOMME, 2004, pp. 74 y 76, entiende que la asociación en el antiguo art. 1138 *Code* entre la transmisión del riesgo y la propiedad se explica por la exigibilidad inmediata de la *livraison*; lo cual justificaría un abandono de la regla *res perit domino* cada vez que la transmisión inmediata de la propiedad no coincide con la exigibilidad de la obligación principal del vendedor. A su entender, en el art. 1138 *Code* hay un germen de esta disociación.

⁸⁶⁷ DANOS, 2007, p. 404.

tiempo, ni es mora ni incumplimiento, en el fondo se está tomando como modelo el contrato de compraventa de ejecución al contado, etc. No es preciso que retome la crítica. Son propuestas que habrían acercado en gran medida los regímenes español y francés de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa. Pero la intención del legislador de 1804 iba por otro camino y el legislador de 2016 lo ha confirmado.

B) Opción consolidada: la vinculación de ambas cuestiones

Todas las voces que se pronuncian durante los trabajos preparatorios del *Code* sobre la transmisión del riesgo, vinculan esta cuestión a la transmisión de la propiedad al acreedor: *res perit domino*, dicen unos⁸⁶⁸; una vez convertido el acreedor en propietario, la cosa está a su riesgo, reflexionan otros⁸⁶⁹. La cuestión no es pacífica entre la doctrina. Hemos visto que muchos autores mantienen que el *Code* es fiel al pasado o proponen una relectura de la solución tradicional desconectada de la transmisión de la propiedad. Pero también es cierto que algunos de ellos acercan, de una u otra manera, riesgo y propiedad. Otro sector doctrinal, en cambio, acepta la dirección marcada por el legislador de 1804: el art. 1138 *Code* ha vinculado la carga del riesgo a la propiedad⁸⁷⁰; pone los riesgos a cargo del comprador como consecuencia de la transmisión de la propiedad⁸⁷¹. Todos ellos invocan el adagio *res perit domino*⁸⁷². Ambas transmisiones van de consuno. El legislador de 2016, en ese ánimo por

⁸⁶⁸ BIGOT-PRÉAMENEU (FENET, 1836a, p. 230); GRENIER (FENET, 1836b, p. 183).

⁸⁶⁹ FAVART (FENET, 1836a, p. 320).

⁸⁷⁰ BEAUDANT, 1938, p. 114, en sede de compraventa, quien se contradice en BEAUDANT, 1936, pp. 301-302; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 904; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 590; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 165. También CAPITANT, 1924, pp. 294-296, aunque muy crítico al respecto.

⁸⁷¹ TROPLONG, 1845, pp. 94, 474 y 477; LABBÉ, 1869-1870, p. 148. El autor realiza la siguiente lectura del art. 1138 *Code* en otro lugar (LABBÉ, 1888, p. 382): «*la convention rend le créancier propriétaire et (on peut sous-entendre: par suite) met la chose à ses risques*». PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 564.

⁸⁷² Todos menos DELVINCOURT, 1824a, pp. 179, 585 y 1824b, p. 64; quien, a favor de la relación entre ambas cuestiones, no recurre a la máxima.

clarificar el antiguo art. 1138 *Code*, «consagra» en el nuevo art. 1196.3 *Code* la regla según la cual el propietario soporta el riesgo⁸⁷³: se mantiene la solución francesa⁸⁷⁴.

Acaso tenga interés, en primer lugar, preguntarse dónde se localiza el germen de este cambio, nimio para unos, de calado para otros. En efecto, cabe preguntarse en segundo lugar cuáles son las consecuencias del cambio porque, en una primera –y errónea– aproximación, parece que *res perit domino* y *res perit emptori* es decir lo mismo pero con distintas palabras.

i) Posible origen del cambio

Explica HUC que la regla *res perit domino* es elaborada por los intérpretes de las fuentes *únicamente* para reaccionar contra las singularidades del antiguo Derecho germánico; el cual hacía responsable, incluso de la pérdida fortuita, al que toma para su guardia una cosa de su dueño en calidad de comodatario, acreedor pignoraticio o depositario. Descubren el pasaje del *Codex* 4, 24, 9, donde se establece que la pérdida de cosa recibida en prenda corre por cuenta del deudor que no se libera de su obligación, y sobre este texto fundamentan la regla *res perit domino*. Surge así la dificultad para poner en armonía esta regla con aquella otra que pone los riesgos a cargo del comprador que no es propietario hasta la tradición⁸⁷⁵. Da cuenta y razón del escollo y las diversas interpretaciones con las que, en su tiempo, se quieren conciliar ambas reglas PUFENDORF⁸⁷⁶; si bien –como veremos– toma distancia de ellas para ofrecer su propia interpretación de la cuestión del riesgo en la compraventa. GROTIUS sí

⁸⁷³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 14, apelando al axioma *res perit domino*.

⁸⁷⁴ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 487; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 390; BOUCARD, 2020, p. 417. En este sentido, REMY, 2009a, p. 251, respecto al art. 93 *Avant-Projet Terré* de 2008, posterior art. 102 *Projet Terré*, que inspira al legislador de 2016.

⁸⁷⁵ HUC, 1894, p. 155. Con anterioridad, Wächter citado con profusión por ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 245-246 y 256-257.

⁸⁷⁶ PUFENDORF, 1740, pp. 456-457 (*Liv. V, Ch. V, § III*).

que se ve influido por la contienda y recuerda diversos testimonios que atribuyen el riesgo al vendedor hasta la *délivrance*⁸⁷⁷.

Dejo de lado las críticas relativas al propio proceso de formación de esta máxima, la inadecuación que se le achaca para resolver la cuestión del *periculum obligationis*⁸⁷⁸ –también subrayada por la doctrina francesa⁸⁷⁹– o su posible formulación incompleta incluso en el ámbito jurídico-real⁸⁸⁰.

A lo que aquí interesa, suele hacerse una apelación a la influencia que los autores de la Escuela de Derecho Natural hayan podido tener en el ánimo del legislador de 1804 para atribuir el riesgo al comprador en virtud de la máxima *res perit domino*; influjo que se podría detectar, como ya he señalado, en el Discurso Preliminar de 1801 sobre el Proyecto del *Code* de PORTALIS⁸⁸¹. Pero es curioso observar que, si la autoridad de estos juristas supuestamente conduce al legislador de 1804 a atribuir el riesgo al comprador *en razón de* su condición de propietario por la conclusión del contrato y antes de la *délivrance*, este no es en verdad el criterio que tales autores manejan.

⁸⁷⁷ GROTIUS, 1724, pp. 428-429 (*Liv. II, Ch. XII, § XV, 3*).

⁸⁷⁸ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 257, recogiendo el testimonio de Wächter, señala: ningún pasaje del *Corpus Iuris* menciona la máxima *res perit domino* y su obtención de C. 4, 24, 9 es arbitraria. El problema en tal pasaje, donde se aborda una controversia relativa a la situación de la cosa pignorada, se trata de un supuesto de *periculum rei* y no de *periculum obligationis*. El *casus* origina una pérdida real para ambos: para el acreedor pignoraticio la pérdida de su derecho de prenda y para el deudor pignorante la pérdida del dominio sobre la cosa. No se aborda el *periculum obligationis* porque el deudor, aunque desaparece la cosa pignorada, debe cumplir su obligación que no se extingue por la pérdida del *pignus*.

⁸⁷⁹ LAURENT, 1878a, pp. 268-269, niega que se pueda sostener que tal máxima rige el antiguo art. 1138 *Code* porque, a su entender, no puede ser aplicada en materia de obligaciones. Que la cosa perezca para su dueño es evidente en el ámbito jurídico real; la propiedad es un derecho real y, como cualquier otro, se extingue por la pérdida de la cosa sobre la que se ejerce. Pero no sucede así cuando la cosa que perece es debida por un deudor al acreedor. Saber para quien perece depende en este caso de un vínculo que existe entre las partes.

⁸⁸⁰ Señala ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 259-260, que, incluso en el ámbito jurídico real, la máxima *res perit domino* no es una verdad completa cuando hay diversas titularidades que confluyen sobre la cosa: usufructuarios, comodatarios, etc. El autor se plantea en estas líneas cómo repartir los riesgos que pueda sufrir la cosa entre todos los que por cualquier título gozan o se sirven de ella.

⁸⁸¹ PORTALIS, 1801 (1978), p. 92 y 104.

De las primeras palabras que GROTIUS pronuncia sobre la materia, uno podría estar tentando de entender que el riesgo, en opinión del autor, corresponde a aquella parte contractual que ostenta la condición de propietario: «*TOUCHANT le Contract de VENTE, il faut remarquer, que la propriété de la chose vendue peut être transférée dès le moment du Contract fait & passé, & Avant la délivrance. C'est même la manière la plus simple de vendre & d'acheter. [...] Si néanmoins on est convenu, que l'Acheteur ne deviendrait pas Propriétaire aussi tôt après le marché conclu; le Vendeur sera tenu en ces cas-là de transférer en son tems la propriété, & cependant la chose vendue sera à ses risques & périls, aussi bien qu'à son profit*»⁸⁸². Si leemos este párrafo de forma aislada, cabría sostener, *sensu contrario*, que si el comprador es propietario desde el momento de la conclusión del contrato, GROTIUS le atribuye el riesgo desde tal instante y por tal condición.

Pero creo que las palabras del autor solo se comprenden por completo con lo que dice en un párrafo a continuación: «*Quand donc on dit, que le Contract de Vente consiste en ce que le Vendeur s'engage à faire en sorte que l'Acheteur puisse avoir la chose vendue, & à la garantir de toute éviction; Que la chose est aux risques & périls de l'Acheteur, & que les fruits lui appartiennent, avant qu'il acquière la propriété de la chose: ce sont toutes maximes de Droit Civil, lesquelles même ne s'observent pas part tout. Bien plus: la plupart des anciens Législateurs ont jugé à propos d'établir, que, jusqu'à la délivrance, la perte ou les profits d'une chose vendue seroient pour le compte du Vendeur. C'est ce que THEOPHRASTE remarque, dans un passage que STOBEE nous a conservé, & où l'on trouvera plusieurs autres coutumes [...]; le tout sort différent de ce qui est établi par le Droit Romain*»⁸⁸³. El autor, en efecto, baraja en un primer momento la idea de que la transmisión de la propiedad tenga lugar con la conclusión

⁸⁸² GROTIUS, 1724, pp. 427-428 (*Liv. II, Ch. XII, § XV, 1-2*).

⁸⁸³ *Ibidem*, pp. 428-429 (*Liv. II, Ch. XII, § XV, 3*).

del contrato⁸⁸⁴. Pero, creo que una lectura conjunta de ambos párrafos muestra que, en su opinión, el momento relevante para decidir la cuestión del riesgo es el de la *délivrance*. Otra cosa, dice, sucede en Derecho romano. GROTIUS entiende que el vendedor ha de soportar el riesgo hasta la *délivrance*. Y en sus palabras no observo que fundamente su postura en que el vendedor es propietario. Creo que no se puede recurrir a estos párrafos para argumentar que, si el comprador es propietario en el momento de la conclusión del contrato, ha de pechar con el riesgo. Tal reflexión no encaja con el pensamiento del autor o, al menos, con la lectura que yo hago del texto.

Las palabras de PUFENDORF acaso se muestran más difíciles de aprehender. Baraja como hipótesis el supuesto en que transcurre un intervalo de tiempo desde la conclusión de la compraventa hasta la *délivrance*, asume que el criterio del Derecho romano es la atribución del riesgo al comprador aunque el vendedor sigue siendo propietario hasta la *délivrance*, expone los distintos criterios doctrinales con los que se trata de conciliar tales pasajes con aquel otro (C. 4, 24, 9) que atribuye la pérdida y deterioro al propietario y dice⁸⁸⁵: «*Mais tout cela ne nous fournit pas une raison claire & convaincante, pourquoi le Vendeur étant obligé de mettre l'Acheteur en pleine possession de la chose vendue, le dernier doit plutôt que le premier porter la perte qui survient avant que celui-ci ait effectué son engagement*». Insiste en la cuestión unas líneas más adelante: «*Mais d'où vient que dans un Contract intéressé de part & d'autre, comme la Vente, lorsque le Vendeur n'a pas encore exécuté ce à quoi il est tenu par le Contract, l'Acheteur doit se résoudre à perdre la Marchandise, & à la payer pourtant?*».

Ante este interrogante, el jurista señala que hay que estar a las reglas de la «*Équité Naturelle*» y preguntarse cuál es el motivo del «*retardement de la délivrance*». El autor distingue tres hipótesis. Una

⁸⁸⁴ Acerca de la discusión sobre verdadero alcance de esta idea que maneja, de interés el análisis de DUBARRY, 2014, pp. 48-50.

⁸⁸⁵ PUFENDORF, 1740, pp. 456-457 (*Liv. V, Ch. V, § III*).

no interesa aquí, pues se trata del caso en que el vendedor, por su culpa o negligencia, no procede a la *délivrance*. Las otras dos merecen mi atención.

En primer lugar, hay casos –dice– en que la cosa «*ne pouvoit être transportée qu'en un certain tems au lieu où elle devoit être délivrée*»; casos, por ejemplo, en los que el objeto del contrato recae sobre unos rebaños «*qui passent loin de l'endroit où nous avons conclu le marché*» y son robados o devorados por lobos: el comprador «*ne suis pas tenu de les lui payer*».

En segundo lugar, el autor plantea la última hipótesis en un denso párrafo que es preferible que transcriba: «*Mais si l'Acheteur est en demeure de retirer la chose vendue, il est juste que la perte tombe sur lui; car du moment que le Vendeur doit, selon le Contract, délivrer la Marchandise, & qu'il est prêt à le faire, la Propriété, considérée comme un pouvoir Moral ou un simple droit, passe à l'Acheteur, ensorte que la chose vendue lui appartient désormais uniquement. Si donc le Vendeur garde encore chez lui la Marchandise par pure honnêteté & sans s'y être engagé, l'Acheteur auroit bien mauvaise grace de vouloir le rendre responsable même des cas fortuits. Que si l'Acheteur a expressément donné en garde la Marchandise au Vendeur, elle est censée demeurer entre les mains de celui-ci, non en qualité de Maître, mais en qualité de Dépositaire, qui par conséquent ne répond pas des cas fortuits. En ce cas-là, la délivrance se fait par un fiction de main brève*»⁸⁸⁶.

No voy a someter estos párrafos –ni al lector– a una exégesis elucubrada por mi parte. Sí he de destacar que el autor maneja muchas ideas que ya nos resultan conocidas: no es posible proceder a la entrega en el momento de la conclusión del contrato, el vendedor está listo para entregar, el comprador se «retrasa»⁸⁸⁷ en retirar la cosa,

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pp. 458-459 (*Liv. V, Ch. V, § III*).

⁸⁸⁷ He de llamar la atención sobre las anotaciones de BARBEYRAC en PUFENDORF, 1740, p. 457, nota a pie núm. 5 (*Liv. V, Ch. V, § III*); quien critica esta idea del retraso del comprador.

el vendedor la guarda por pura honestidad o la tiene en calidad de depositario, etc. Son ideas que, por otro camino y poco a poco pulidas, desembocan en el concepto de «la puesta a disposición» del ordenamiento jurídico español⁸⁸⁸. Sea como fuere, lo importante a destacar es que para el autor no es *sin más* suficiente la conclusión del contrato para la transmisión del riesgo ni para la transmisión de la propiedad; aunque, al contrario que GROTIUS, sí establece cierto paralelismo entre ambas cuestiones⁸⁸⁹. PUFENDORF está mirando a la entrega material; al momento en que podría o debería tener lugar y las circunstancias que determinan que esto no sea así.

Ni GROTIUS ni PUFENDORF apelan a una transmisión del riesgo *por razón de* una transmisión de la propiedad con la conclusión del contrato. El *Code* no estaría siguiendo en puridad su pensamiento.

Y aunque BARBEYRAC, en sus anotaciones a Pufendorf, sí baraja la transmisión de la propiedad, junto a la del riesgo, en el momento de la conclusión del contrato⁸⁹⁰, con todos los respetos, dudo que, como

El autor dice: «*on suppose mal-à-propos, que l'Acheteur peut toujours retirer la chose vendue, aussi-tôt apres la conclusion du marché. Or il arrive souvent, que cela n'est pas possible, ou parce qu'elle est loin du lieu où se fait le Contract, ou pour quelque autre raison. On convient même quelquefois expressément, que la chose vendue ne sera délivrée qu'au bout d'un certain temps*». Con estas reflexiones, el autor niega que estén en lo cierto aquellas opiniones conforme a las cuales el riesgo, en Derecho romano, corresponde al comprador porque se ha retrasado en retirar la cosa. En su opinión, incluso en los casos que describe, donde no cabe hablar de retraso, los jurisconsultos romanos atribuyen el riesgo al comprador.

⁸⁸⁸ La idea del retraso, recordemos, también fue barajada por IHERING, 1862, pp. 21-22 respecto al Derecho romano o por DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, pp. 371-372 y 1953, pp. 67-610 para el Derecho español. HUC, 1894, p. 161, critica la tesis de Pufendorf en un sentido que ya nos es conocido: los litigios que surgirían de la necesidad de aclarar ese punto tan oscuro de saber en interés de quien se retrasa la *délivrance* de la cosa vendida.

⁸⁸⁹ Remito, de nuevo, al estudio de DUBARRY, 2014, pp. 50-53, y su análisis de los distintos pasajes en los que Pufendorf reflexiona sobre la transmisión de la propiedad y la influencia que ello, a la postre, ha tenido en el sistema de transmisión *solo contractu* que el autor cuestiona.

⁸⁹⁰ BARBEYRAC en PUFENDORF, 1740, p. 457, nota a pie núm. 5 (*Liv. V, Ch. V, § III*): «*Les Jurisconsultes Romains, & leurs Interprètes, auroient évité tous ces embarras, & établi des principes mieux liés, s'ils ne s'étoient entêtés d'une fausse idée du transport de Propriété, qu'ils prétendent ne pouvoir se faire que par une prise de possession corporelle*».

hipotetiza WATSON, el legislador de 1804 haya seguido *principalmente* su opinión⁸⁹¹; la cual se encuentra al final de una larga nota a pie de página centrada en un ánimo por conciliar esos pasajes romanos que, por un lado, atribuyen al comprador el riesgo sin que sea propietario y, por otro, dicen que la pérdida es para el propietario (C. 4, 24, 9)⁸⁹².

Mi hipótesis es otra: creo que los redactores del *Code* se ven condicionados por dos voces más recientes, cercanas y de autoridad para ellos: POTHIER y DOMAT.

POTHIER recuerda que está establecido en el Digesto que tan pronto la compraventa es perfecta, la cosa queda a riesgo del comprador, aunque no haya sido *livrée*. Ninguna duda plantea que, perdida la cosa –cuerpo cierto– sin culpa del vendedor, este queda liberado. Pero que el comprador siga obligado a pagar el precio, «*parôit souffrir plus de difficulté*»⁸⁹³. Señala BOURBEAU que la prudencia del jurista se debe a las incertidumbres que, sobre esta materia, manifiesta Cuyacio; quien, con base en un texto de Africano, sostiene que el riesgo corresponde en principio al vendedor aunque, más tarde, adopta la posición contraria y a la vez señala que la primera opción le parece de mayor equidad⁸⁹⁴. A lo que aquí interesa, POTHIER cita de forma genérica a los autores que tratan el Derecho natural –como Puffendorf, Barbeyrac, etc., dice– y en cuya opinión los juristas romanos se habrían alejado de los verdaderos principios del Derecho natural. Según dice POTHIER, estos autores sostienen, al contrario que los

⁸⁹¹ En efecto, el autor destaca la posibilidad, no la certeza, de sus reflexiones. Dice WATSON, 1993, p. 84: «*Although there is no direct evidence it is plausible to assert that Cuiacius, and Grotius, more particularly Pufendorf, and above all Barbeyrac were responsible for the rule in the Code civil*».

⁸⁹² Recuérdesse que, según se ha dicho, ningún pasaje del *Corpus Iuris* menciona como tal la máxima *res perit domino* y que su obtención de C. 4, 24, 9 es arbitraria. Wächter citado por ALONSO PÉREZ, 1972, p. 257.

⁸⁹³ Ya sabemos que el autor considera la atribución del riesgo al comprador cierta y fundada en la naturaleza del contrato de compraventa. No es preciso volver sobre esto en el texto. *Vid.* Capítulo 1, II, 1, B).

⁸⁹⁴ BOURBEAU, 1865, p. 41-43.

juristas romanos, que la cosa vendida está a riesgo del vendedor «*tant qu'il en demeure propriétaire*»: mientras que siga siendo propietario. Pero acabamos de ver que esto no es lo que dicen Grotius, Puffendorf ni Barbeyrac.

Es curioso comprobar cómo, hasta fechas recientes, se asienta esa idea apuntada por POTHIER de que los autores de la Escuela de Derecho natural, por un lado, critican y se oponen a la máxima *periculum est emptoris* y, por otro, «mandan» el riesgo donde vaya la propiedad⁸⁹⁵.

Pero creo que esto no es así. Las palabras de GROTIUS son más descriptivas que críticas, aunque sí baraja una solución distinta a la romana para el riesgo, pues vincula su transmisión a la *délivrance*, pero no a la transmisión de la propiedad sin que importe cuándo esta tiene lugar. Respecto a las reflexiones de PUFENDORF, después de haber analizado el tortuoso camino que sigue el riesgo en la codificación española, quizás se deba decir que, más que una oposición al criterio de la *emptio perfecta*, son una búsqueda de sus justos y razonables límites. El autor mira al momento en que el comprador podría retirar la cosa y además ve en ese instante la transmisión de la propiedad. Pero una cosa es decir que riesgo y propiedad se transmiten por y desde la conclusión del contrato, como el *Code*, y otra cosa es decir que se transmiten cuando se puede retirar la cosa. Si los autores del *Code* están presumiendo lo segundo, es algo a lo que me refiero en el siguiente apartado. Y en cuanto a BARBEYRAC, no cuestiona que la atribución del riesgo al comprador tenga lugar con la conclusión del contrato, sino que critica que los

⁸⁹⁵ En este sentido TROPLONG, 1845, pp. 474-477, con cita a Pufendorf y Barbeyrac y resaltando, sobre todo, que esta es la opinión de Grotius. DURANTON, 1846a, pp. 434-435 y LAURENT, 1878a, pp. 269-270, con cita a Pufendorf y Barbeyrac. LAURENT dice que estos autores claman («*ils se récrient*») contra la solución romana. CAPITANT, 1924, pp. 293-294, con cita a Grotius, Pufendorf y Barbeyrac. En particular dice el autor: «*Grotius qui admet, à la différence de ses contemporains, que le transfert s'opère par la seule volonté, en conclut [léase «de ahí concluye»] que les risques doivent peser sur l'acheteur*». Como hemos visto, Grotius no realiza semejantes razonamientos. PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 564, con cita a Grotius, Pufendorf y Barbeyrac. En la doctrina española, el siempre citado ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 247-250.

juristas romanos no se desprendiesen de esa idea de que la transmisión de la propiedad no podía tener lugar sin una *prise de possession corporelle*⁸⁹⁶; así se podrían haber obviado las discusiones en torno a la colisión entre la máxima *periculum est emptoris* y el pasaje que atribuye la pérdida al propietario (C. 4, 24, 9).

Quizás el legislador de 1804 se ve impresionado y condicionado por POTHIER y la interpretación que él concede a las palabras de estos autores: los redactores no podían admitir que la gran empresa francesa –la elaboración del *Code*– fuese contraria a los verdaderos principios del Derecho natural⁸⁹⁷. Y DOMAT, quien conserva la solución romana al igual que POTHIER, la justifica porque «*après la vente la chose est regardée comme étant à lui [al comprador]*» aunque el comprador «*ne soit rendu proprement le maître qu’après la délivrance*»⁸⁹⁸.

Por lo tanto, en un momento de la Historia en el que hay un ambiente propicio para reconocer la transmisión de la propiedad por efecto y desde el momento de la conclusión del contrato –como la generalidad de la doctrina admite por mucho que después parte de ella someta a crítica el alcance real del sistema–, los redactores del *Code* pueden convertir la ficción de DOMAT en realidad⁸⁹⁹, salvar la supuesta contradicción de la solución romana con los principios del Derecho natural que destaca POTHIER y afirmar *res perit domino*. Ya no hay

⁸⁹⁶ En realidad, como sabemos, la tradición acaba alcanzando altas cotas de espiritualización.

⁸⁹⁷ Como señala WATSON, 1993, p. 84 los redactores del *Code*, como es habitual, estudiarían a Pothier quien se refiere a las opiniones de estos autores.

⁸⁹⁸ DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. VII, II*): «*Tous les changements qui arrivent après que la vente est accomplie, regardent l’acheteur. Et si la chose périt avant même la délivrance, il en souffre la perte, & ne laisse pas d’être obligé d’en payer le prix. Et il profite aussi de tous les changements, qui la rendent meilleure. Car après la vente la chose est regardée comme étant à lui, & le vendeur n’en demeure saisi que de son consentement, & pour la lui remettre. [...] Quoique l’acheteur ne soit rendu proprement le maître qu’après la délivrance, il ne laisse pas de souffrir ces pertes qui arrivent entre la vente et la délivrance. Car le contract étans accompli il a cet effet, que l’acheteur peut contraindre le vendeur à la délivrance [...]*».

⁸⁹⁹ CAPITANT, 1924, p. 294; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 248-249, ven en el pensamiento de DOMAT el influjo del pensamiento iusnaturalista. Yo no lo tengo tan claro. GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 695, señalan que DOMAT es fiel al pensamiento romano.

inconveniente para que PORTALIS diga felizmente: «En la regulación de los contratos, hemos desarrollado en primer lugar los principios del Derecho natural»⁹⁰⁰.

Por supuesto, quienes niegan que el *Code* haya asumido para la compraventa la máxima *res perit domino*, supuesto criterio de procedencia iusnaturalista y contrario a la solución romana, dicen que el legislador de 1804 no sigue a los anteriores autores y mantiene la solución tradicional⁹⁰¹. Quienes creen que el *Code* sí asume dicha máxima y se alinea con el Derecho natural, alaban el sistema. Dice TROPLONG con elocuencia: «*La théorie du Code Napoléon sur la transmission de la propriété par la seule énergie de la convention a mis une parfaite harmonie entre les notions du droit naturel et la règle que la chose périt pour l'acheteur. En effet, l'acheteur étant investi de la propriété dès que le contrat est arrivé à sa perfection, c'est le propriétaire qui souffre la perte de la chose, et il ne rest plus qu'à dire avec la raison et la plus stricte justice: res perit domino*»⁹⁰². Pero hay que comprender que el *Code* utiliza razonamientos distintos para llegar a resultados distintos a los de GROTIUS y quizás no tan distintos a los de PUFENDORF⁹⁰³. Volveré sobre esta última cuestión más adelante.

⁹⁰⁰ PORTALIS 1801 (1978), p. 92. Discurso Preliminar de 1801 sobre el Proyecto del *Code*.

⁹⁰¹ DURANTON, 1846a, pp. 434-435; LAURENT, 1878a, pp. 269-270

⁹⁰² TROPLONG, 1845, pp. 476-477. PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 564; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 904. También sostienen que el *Code* sigue el criterio de los autores de la Escuela de Derecho Natural.

⁹⁰³ Algún autor ha detectado esta disimilitud entre el resultado al que llega el *Code* y las reflexiones de GROTIUS y PUFENDORF. *Vid.* DURANTON, 1846a, p. 425; GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 695; DUBARRY, 2014, p. 223. No puedo exponer aquí sus observaciones porque, con todos los respetos, creo que no son correctas en su totalidad y ello me obligaría a detenerme, explicar las diferencias que mantengo con ellos y, en consecuencia, alargar en exceso esta nota. Solo destacaré que, en opinión de DURANTON y DUBARRY, la solución del *Code* no se habría inspirado en PUFENDORF pues llega a una solución contraria a la opinión de este autor. Según apuntan GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, la solución del *Code* no encajaría totalmente con el pensamiento de GROTIUS que hace soportar el riesgo al vendedor hasta la *livraison*. La cuestión es muy compleja y, evidentemente, todo depende de cómo uno interprete las palabras de GROTIUS, PUFENDORF y BARBEYRAC. Quizás soy yo el que está equivocado. Lo importante a destacar es que estos autores ponen en duda que, si el *Code* acoge la máxima *res perit domino* por la conclusión del contrato, ello esté en indubitada

En realidad, el legislador de 1804 sigue a POTHIER y DOMAT: respetan su autoridad, quieren mantener –no abandonar– la regla tradicional y limar esas asperezas que POTHIER quiso ver entre la máxima *periculum est emptoris* y los principios del Derecho natural. Por obra de los redactores, esa *perfección* de la compraventa a la que alude POTHIER para la transmisión del riesgo y ese *accomplissement* del contrato al que alude DOMAT para describir su fuerza vinculante, ahora también sirven –como he explicado más arriba– para indicar que la transmisión de la propiedad tiene lugar.

Como dice WATSON, no existe la pura casualidad en la evolución del Derecho. Sin duda, existen razones históricas –particulares e inmediatas al momento de la Codificación– para el cambio en Francia. Pero no hay un movimiento contrario a la solución romana sobre el riesgo ni condiciones sociales, políticas, comerciales o geográficas que la hagan inapropiada⁹⁰⁴. Quizás exagera ALONSO PÉREZ cuando afirma que, llegada la hora de la Codificación, no existe un clima propicio para la aceptación del principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris*⁹⁰⁵. A mi entender, esas razones particulares e inmediatas pueden ser las que acabo de describir: esa duda sembrada por POTHIER y la posibilidad de resolverla, en la coherencia del nuevo sistema traslativo que se quiere implantar, para mantener la solución clásica del riesgo en la compraventa. La cuestión ahora es esa: si en verdad se mantiene o si algo ha cambiado en la regulación del riesgo en la compraventa. A ello dedico el siguiente apartado.

Antes de finalizar, he de recordar que el art. 981 del Proyecto de Código civil español de 1851 sigue el sistema traslativo francés; precepto que establece las consecuencias directas en cuanto al riesgo en su párrafo segundo: «La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está á su riesgo desde que el deudor queda obligado á su entrega, salvo lo

armonía con el pensamiento de todos, o alguno, de los autores de la Escuela de Derecho Natural.

⁹⁰⁴ WATSON, 1993, p. 86.

⁹⁰⁵ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 245.

dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006»⁹⁰⁶. Su párrafo tercero establece la fórmula compensatoria que nos es conocida: «El que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará tambien de su aumento ó mejora»⁹⁰⁷.

En sede de compraventa, siguiendo al art. 1624 *Code*, el art. 1373 del Proyecto de 1851 se estructura como una norma remisiva a la parte general. El párrafo primero, relativo a cosas específicas, no ofrece directamente una respuesta para la cuestión del riesgo; respuesta que se encuentra en los preceptos a que se remite: «El daño o provecho de la cosa vendida después de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los artículos 981, 1006 y 1160»⁹⁰⁸. En alusión al art. 981 del Proyecto, recuerda GARCÍA GOYENA que se realiza una innovación contraria a las leyes de Derecho Romano y Patrio; leyes en las que el comprador pecha con el riesgo a pesar de no ser propietario hasta la entrega. Influenciado por el tono que adquiere la cuestión en el ámbito del Derecho francés, afirma que en dichas leyes romanas y patrias «fallaba [...] la regla general de derecho, *res suo domino perit*»⁹⁰⁹. El

⁹⁰⁶ Art. 1006 Proyecto de Código civil de 1851: «Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre á cargo del acreedor./ Cuando el obligado se haya constituido en mora, ó se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó mas personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega».

⁹⁰⁷ Previsión «tan justa como necesaria», dice GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 520.

⁹⁰⁸ Art. 1160 Proyecto de Código civil de 1851: «Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiere sin culpa del deudor y antes de constituirse éste en mora, la obligacion queda extinguida./ Habiendo culpa ó mora por parte del deudor, estará éste obligado á la indemnizacion con arreglo á lo que se prescribe en la Seccion III, capítulo III de este título [resarcimiento de daños y perjuicios]./ Lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado á la prestacion del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor./ Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta escepción no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1006».

⁹⁰⁹ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 731. También GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, pp. 303-304, con un tono afrancesado, alude a las dudas generadas por Pothier tras la lectura de Pufendorf y Barbeyrac, y señala: «En nuestros dias va prevaleciendo una jurisprudencia que acaba con esta dificultad. En el Proyecto de Código se establece que el dominio de la cosa pasa al comprador desde que esté perfeccionada la venta [...]»

párrafo segundo del art. 1373 del Proyecto aplica la fórmula remisiva del primer párrafo a la compraventa *per aversionem*⁹¹⁰ y su párrafo tercero, en cambio, sí contiene una previsión expresa relativa al riesgo para la compraventa *ad mensuram*⁹¹¹. Estudio tales modalidades de compraventa más adelante⁹¹².

Si el art. 981 del Proyecto contiene dos remisiones, este recurso se convierte en abuso cuando el art. 1374 del Proyecto establece tres; precepto que es el antecedente del actual art. 1452 Cc y que determina la mala factura de este último. Cuando el codificador español de 1889 decide abandonar el sistema francés de la transmisión de la propiedad *solo contractu* y retornar a la teoría del título y el modo⁹¹³, se mantiene en el art. 1452 Cc la estructura remisiva de su precedente de forma injustificable. Ante la oscuridad del texto y una teoría sobre el riesgo de perfiles difusos y cuyas soluciones se cuestionan, se crea el caldo de cultivo para las múltiples interpretaciones ya estudiadas sobre el precepto. Como consecuencia del abandono del modelo francés, *res perit domino* ya no es una regla que valga como guía para analizar las normas españolas sobre la cuestión del riesgo en el contrato de compraventa. No obstante, algún autor, acaso prendado de ese halo de mayor justeza que parece rodear al brocardo para salvar la duda creada por POTHIER, sigue recurriendo a él para interpretar el art. 1452 Cc⁹¹⁴ e incluso se encuentra en doctrinas previas al Código de 1889⁹¹⁵.

⁹¹⁰ Art. 1374.2 Proyecto de 1851: «Esta regla es aplicable á la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, ó sin consideracion al peso, número ó medida».

⁹¹¹ Art. 1374.3 Proyecto de 1851: «Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número ó medida, no se transferirá el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado ó medido, á no ser que se hubiere constituido en mora».

⁹¹² Capítulo 3, II, 2 y 3.

⁹¹³ Base 20 de la Ley, de 22 de mayo de 1888, que autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley.

⁹¹⁴ En este sentido, BONEL Y SÁNCHEZ, 1891, p. 455. En opinión del autor, la antigua solución que atribuye el riesgo al comprador desde la perfección (conclusión) del contrato sin ser dueño «implica un contrasentido y una palmaria contradicción con el inconcuso principio de derecho *res suo domino perit*». Ahora el comprador debe conceptuarse dueño de la cosa. Entre dos aguas parece que se encuentra SCÆVOLA, 1970a, p. 574 cuando dice que en sede del art. 1452 Cc no se cumple con la máxima *res perit domino*. Pero, trae a colación la solución

ii) Reflexiones sobre el alcance del cambio

Volviendo al Derecho francés, en esta materia, parece que todo se mueve en un ambiente de suposiciones y dudas; suposiciones sobre el origen de la aplicación de la máxima *res perit domino* en la compraventa y dudas sobre el alcance de la innovación.

Como decía unas líneas más arriba, creo que los redactores no pretenden alejarse de la solución tradicional; ello podría inferirse de las palabras de FAVART⁹¹⁶. En efecto, se ha sostenido que con la máxima *res perit domino* el legislador mantiene la regla romana⁹¹⁷ y algún autor sigue hablando de las supuestas excepciones al brocardo *res perit emptori* cuando no se aplica *res perit domino* desde la conclusión del contrato⁹¹⁸.

En este panorama, HUC pretende describir el absurdo del cambio. Si desde tiempos inmemoriales se admite que el riesgo corresponde al comprador y, para armonizar este resultado con la regla *res perit domino*, se hace al acreedor propietario por efecto del contrato, el autor se pregunta: «*Mais cela n'est-il pas pueril? Du moment que tout le monde admet que le créancier d'un corps certain, l'acheteur par exemple, doit supporter la perte de la chose due, qu'importe pour lui*

del Proyecto de 1851 y el *Code français* y dice: «la antítesis se resuelve en armonía, considerando que desde el momento en que por el mutuo convenio de comprador y vendedor en la cosa y el precio se perfecciona el contrato, tiene aquél derecho a ella, y debe suponerse que si no entra inmediatamente en su posesión es porque la considera salvaguardada *lo mismo que si se hubiere operado la traslación surgiendo el jus in re*». Cursiva añadida.

⁹¹⁵ FALCÓN, 1878, p. 522, señala que la compraventa es un contrato traslativo del dominio y que la solución en cuanto a los riesgos –cuya justicia es puesta en duda por algunos juristas [cita a Pufendorf]– no es otra que la naturaleza misma del contrato de compraventa: «Siendo traslativo de dominio este contrato, traspasa desde que se perfecciona el dominio de las cosas vendidas al comprador, háyase ó no realizado la entrega, y suyo por consiguiente debe ser todo cambio ó modificación de las cosas» (p. 565). Como es de esperar, al lado de la regla, el autor coloca las excepciones (p. 565-566).

⁹¹⁶ FAVART dice sobre el antiguo art. 1138 *Code*: la obligación de *livrer* hace al acreedor propietario *de donde resulta* que la cosa está a su riesgo. Tales principios se consagraron entre nosotros «*de tout temps*» (FENET, 1836a, p. 320).

⁹¹⁷ PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 565.

⁹¹⁸ TROPLONG, 1845, pp. 476-477 y 512 y ss.

*qu'il la supporte en qualité de propriétaire ou en qualité de créancier? Qu'est-ce qu'il a de plus à être déclaré propriétaire?»*⁹¹⁹. Similares críticas se han hecho por parte de la doctrina española⁹²⁰.

No se puede desdeñar el impacto que la transmisión de la propiedad *solo contractu* ha tenido en el contrato de compraventa en general. Porque algo ha cambiado en el fondo, aunque no sea tan aparente en la forma. Por mucho que el art. 1582.1 *Code* diga que la compraventa es un contrato por el que uno de obliga a *livrer* y otro a pagar un precio⁹²¹ y que el art. 1603 *Code* afirme que las obligaciones principales del vendedor son *délivrer* y garantizar la cosa⁹²², no son textos aislados; hay que ponerlos en contacto con los arts. 711, 1138 – ahora 1196– y 1583 *Code* y llamar la atención sobre todos los preceptos que, en sede de compraventa, llaman al *acheteur* directamente *acquéreur*.

Atrás queda la particularidad romana que no obliga al vendedor a transmitir el dominio *ex iure Quiritium* sobre la cosa sino sólo su pacífica posesión, las razones que lo justifica⁹²³ y la adaptación

⁹¹⁹ HUC, 1894, p. 146.

⁹²⁰ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 159-16, presenta una crítica mordaz frente a *res perit domino*; esa supuesta «clave feliz e infalible de toda la doctrina del riesgo» que es objeto de tantas restricciones y limitaciones que convierten «la orgullosa regla general en pura excepción». En este sentido, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 254, en nota a pie de página, carga contra el brocardo, considerándolo un artificio que no incrementa la posición del comprador. Prueba de ello, dice, es que el traspaso del riesgo al comprador queda diferido por las mismas causas que en el Derecho romano: «Decir que el riesgo es para el comprador porque es dueño no significa exorbitar la pretendida injusticia del *periculum emptoris* para llegar a un criterio más racional. Un comprador transformado en propietario por el simple contrato, pero a cuyo favor no se ha operado la tradición, no es un *dominus* de mayores facultades que las otorgadas al comprador por la *emptio perfecta*. Es un propietario sin goce, uso ni disfrute de la cosa; un propietario sin posesión efectiva» (p. 261).

⁹²¹ Art. 1582.1 *Code*: «La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer».

⁹²² Art. 1603 *Code*: «Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend».

⁹²³ Introducción, I.

realizada por POTHIER⁹²⁴. Ya desde DELVINCOURT, se considera la compraventa como un contrato por el cual una persona transmite a otra la propiedad a cambio de un precio⁹²⁵. Efecto del contrato para unos, también obligación del vendedor para otros; pero en todo caso lo más esencial y principal del contrato⁹²⁶. «*La transmission est au cœur de la vente*» dice BOUCARD hasta el punto de sostener que el precio es la contraprestación «*du transfert de la propriété et non de la délivrance, car ici entre en jeu le transfert des risques*»⁹²⁷. A la *délivrance* se le llega a atribuir un carácter accesorio⁹²⁸.

Y en este escenario, se ha pretendido cambiar el discurso en cuanto al transmisión del riesgo en la compraventa; se ha querido salvar la oposición entre esta especialísima disciplina frente al juego de la teoría de los riesgos o el remedio resolutorio en caso de incumplimiento fortuito del contrato que actuarían bajo el paraguas de la regla *res perit debitori*⁹²⁹ y, de ser aplicables, liberarían al comprador. Una vez más acapara la atención el incumplimiento total, encaminando así la cuestión a un esquema reduccionista, que esconde una realidad mucho más matizada, en el que parece que hay que

⁹²⁴ POTHIER, 1844b, p. 1 define la compraventa como el contrato por el cual uno de los contratantes –vendedor– se obliga frente a otro *de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire*, una cosa por el un precio que el otro contratante –comprador– se obliga recíprocamente a pagarle. Dice el autor que la expresión *de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire* se corresponde con el *praestare emptori habere licere* y encierra la obligación de *livrer* la cosa al comprador y la de defenderle después de que haya sido *livrée* de todo posible trastorno que le impida poseer la cosa. Pero tal expresión no encierra la obligación precisa de transmitirle la propiedad.

⁹²⁵ DELVINCOURT, 1824b, p. 64.

⁹²⁶ LAURENT, 1878c, p. 160; BEUDANT, 1938, p. 156.

⁹²⁷ BOUCARD, 2020, pp. 409-410.

⁹²⁸ GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 697: «*S'ils [los redactores del Code] n'avaient pas considérée que celle-ci [la livraison] constituait une obligation accessoire par rapport au transfert de propriété, en retenant qu'elle était "parfaite" du seul consentement des parties, peut-être auraient-ils admis que l'absence de livraison suffisait à décharger l'acheteur de ses obligations, pour en déduire que la charge des risques reposait sur le débiteur-vendeur*». Con anterioridad, reflexionan MARTY/RAYNAUD, 1988, p. 328, aunque no parece que hagan suyo el argumento, que en el antiguo art. 1138 *Code* el legislador ve la *délivrance* una obligación demasiado accesoria como para que el riesgo no se atribuya al comprador. En todo caso, es la regla *res perit domino* la que justifica la solución, apuntan los autores.

⁹²⁹ *Vid.* Capítulo 5, II, 1, A).

decidir entre el todo o la nada: resolver o mantener el vínculo. Sea como fuere, dicen FLOUR/AUBERT/SAVAUX que, en realidad, no hay oposición entre la regulación del riesgo en la compraventa y los principios que rigen las obligaciones bilaterales: cuando el comprador deviene propietario en el instante de la compraventa, la obligación principal del vendedor –la transmisión de la propiedad– se ha ejecutado inmediatamente por la sola conclusión del contrato. Así es fácil de comprender la solución del art. 1138.2 *Code* –ahora 1196.3 *Code*–. «*En réalité, il n'y a pas d'obligation inexécutable*» porque la obligación de transmitir la propiedad ya se ha ejecutado. Tras la adquisición de la propiedad, el comprador no soporta el riesgo como acreedor, sino en calidad de propietario; lo cual parece elemental y de buen sentido. Ya no estamos ante el riesgo del contrato –es decir, el riesgo de un incumplimiento fortuito– sino ante el riesgo de la cosa que corresponde al propietario⁹³⁰.

El germen de esta idea se puede detectar en DELVINCOURT⁹³¹ y después la desarrolla LABBÉ: el acreedor ha obtenido la ventaja prometida; ve entrar en su patrimonio la cosa. Por eso no se puede decir que coexista la solución romana con *res perit domino*. Hay que optar por una de ambas y lo cierto es que la regla *res perit creditori* ha sido derogada⁹³².

Pero el argumento no convence por la sencilla razón de que sí que queda una obligación incumplida: la *délivrance*. Y entiende MAZEAUD/MAZEAUD que el anterior discurso presenta esta obligación como accesoria y secundaria cuando tiene importancia capital para el comprador; quien no habría contratado si hubiese sabido que no

⁹³⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2015, p. 290. Reiteran su posición en FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1018: «à côté du *principe* que le risque de l'inexécution non imputable de l'*obligation* est à la charge du *débiteur*, il existe une *autre règle* selon laquelle le risque de perte fortuite de la *chose* pèse sur le *propriétaire*».

⁹³¹ DELVINCOURT, 1824a, pp. 585-586: si ya en el Derecho antiguo el riesgo corresponde al comprador, aunque la compraventa no transmite la propiedad, con mayor razón ahora que el contrato sí produce tal transmisión porque *lo que debe el comprador es el precio de la propiedad que le ha sido realmente transmitida*.

⁹³² LABBÉ, 1869-1879, pp. 147-149.

podría obtener la *livraison*⁹³³. Pero al comprador no se le permite remediar esta situación; el vendedor no ha cumplido lo prometido y aun así obtiene la contraprestación prometida porque entra en juego la transmisión del riesgo. Y la pregunta es por qué.

Los autores nos dan la respuesta que, en esencia, ya conocemos: el comprador, que deviene propietario, podría, salvo acuerdo en contrario, *prendre livraison* desde la conclusión del contrato. Pero ha preferido dejar la cosa a cargo del deudor en una situación semejante a la del depósito⁹³⁴. Como en Derecho español, se recurre a la ficción del depósito para decir que el vendedor no va a responder *lato sensu* por el incumplimiento que no sea imputable a su falta de diligencia en el cuidado de la cosa; antiguos arts. 1136 y 1137.1 *Code*⁹³⁵, nuevo art. 1197 *Code*⁹³⁶. La reforma de 2016 mantiene un esquema que en España se quiere dejar atrás⁹³⁷. Por eso tiene todo el sentido hablar de transmisión del riesgo: hay un incumplimiento si el vendedor no entrega, pero no se permite al acreedor acudir a ningún remedio. La transmisión del riesgo en Francia, como en España, mira a la entrega, no a la transmisión de la propiedad, por mucho que ambas transmisiones vayan de la mano. O esto al menos es lo que parece en principio. El vendedor habrá transmitido la propiedad en el momento relevante –por hipótesis, dado que siempre se reflexiona sobre la compraventa de cosa específica, con la conclusión del contrato– pero hay incumplimiento si no entrega la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato aunque no se

⁹³³ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 904.

⁹³⁴ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 905. A la figura del vendedor-depositario también recurren GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 607; GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 696. Estos últimos autores añaden que el comprador «*est réputé commettre une faute en ne prenant pas livraison de la chose lors de la formation du contrat*».

⁹³⁵ Antiguo art. 1136 *Code*: «*L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison [...]*». Antiguo art. 1137.1 *Code*: «*L'obligation de veiller à la conservation de la chose [...] soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille*».

⁹³⁶ Nuevo art. 1197 *Code*: «*L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable*».

⁹³⁷ Introducción, II.

quiere hacer responder al vendedor en la medida en que conserve diligentemente. Por eso, insisto, tiene sentido hablar de transmisión del riesgo.

Por lo tanto, el riesgo lo soporta el comprador como acreedor o, si se quiere, como acreedor ya propietario; acreedor que ya ve satisfecho parte de su crédito. Pero esa idea de que el riesgo lo soporta no tanto como acreedor sino como propietario⁹³⁸, no la considero exacta⁹³⁹. No obstante, también recurre a ella CAPITANT; quien considera imposible conciliar la regla *res perit emptori* con el carácter sinalagmático del contrato y no entiende cómo es posible que los redactores del *Code* la conserven. Pero añade que el sistema se sitúa en un plano absolutamente diferente: no es la cuestión del riesgo del contrato lo que le preocupa, sino el riesgo de la cosa; no se atiende a la relación sinalagmática que liga a ambas partes⁹⁴⁰.

Estas explicaciones, como las de los anteriores autores citados, no se pueden compartir⁹⁴¹. No se está tratando ningún riesgo de la cosa, sino el riesgo del contrato: la posibilidad de acudir a los remedios que el legislador del siglo XIX decide limitar al comprador en la medida en que el vendedor sea diligente y que el legislador de 2016 opta por mantener⁹⁴². Por supuesto, en el sistema francés ya no se aplica como

⁹³⁸ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 390.

⁹³⁹ Tampoco es enteramente cierta la siguiente explicación de PUIG BRUTAU, 1982, p. 176: «No se pierde, en Derecho francés, la cosa para el comprador porque sea propietario, sino porque es contratante y ha asumido una obligación, la de pagar el precio, que la ley no le dispensa a pesar de la pérdida de la cosa adquirida». En efecto, la pérdida la sufre el comprador acreedor, pero cuando es propietario. El momento de la adquisición de la propiedad es determinante.

⁹⁴⁰ CAPITANT, 1927, pp. 293-298.

⁹⁴¹ *Vid.* lo que yo considero un claro confusionismo, en las explicaciones de DESHAYES, 2017, núms. 21 y 30.

⁹⁴² Dicen CHANTEPIE/LATINA, 2018, pp. 483 y 489, que la obligación de conservación de art. 1197 *Code* hace aceptable la transmisión del riesgo al acreedor con la conclusión del contrato. Lógica tal obligación de conservación para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 477, dado que se ha transmitido la propiedad y todavía no se ha cumplido la obligación de *délivrer*.

tal la regla *periculum est emptoris*, sino la regla *res perit domino*⁹⁴³. Pero no se trata de una noción o regla jurídico-real que esté invadiendo el ámbito del contrato⁹⁴⁴; *res perit domino* opera en términos contractuales. Ya lo dice BRIDGE para el Derecho inglés⁹⁴⁵. *Res perit domino* pone frente a frente a comprador y vendedor como partes del contrato para repartir el riesgo contractual.

Dicho todo esto, si –como he señalado– creo que no había una intención del legislador francés por cambiar en su resultado práctico la solución en cuanto al riesgo en la compraventa y si precisamente por esto la doctrina muestra su suspicacia ante lo que parece un cambio estético, cabe preguntarse qué aporta o qué valoración merece la novedad de 1804, consolidada en 2016, por la que se transforma la máxima *periculum est emptoris* en *res perit domino* y se vincula la transmisión del riesgo a la transmisión de la propiedad. En la medida en que el discurso de los párrafos anteriores ha ido adoptado un cariz que recuerda, al menos en un esquema desprovisto de mayores precisiones técnicas, a la forma en que se reparte el riesgo en la compraventa en el ordenamiento jurídico español, la comparativa se hace inevitable. Dejo apuntadas las siguientes notas.

Primera nota. Yo me pregunto si el sistema francés es algo más riguroso para el comprador que el español. Para el Derecho español descarté en todo caso la idea del supuesto automatismo de la transmisión del riesgo en el momento de la conclusión del contrato. La

⁹⁴³ Como dicen MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 904, aunque el sistema francés pone los riesgos a cargo del comprador, nos equivocaríamos si creyésemos que el art. 1138 *Code* –ahora art. 1196 *Code*– mantiene la regla romana. También DUBARRY, 2014, p. 223.

⁹⁴⁴ Parece de este sentir CARBONNIER, 2000, p. 350, cuando afirma que la regla *res perit domino* interesa en el Derecho de bienes antes incluso que en el Derecho de obligaciones.

⁹⁴⁵ BRIDGE, 2017, p. 402: «*Risk has the appearance of a proprietary notion but it operates in contractual terms, so that it has to be understood through the effect of its transfer on the contractual rights and duties of the buyer and seller inter se*». Tal y como reflexiona PUIG BRUTAU, 1982, p. 159, «en todo caso, mientras no se han consumado las obligaciones derivadas del contrato, las relaciones entre comprador y vendedor no se rigen por nociones procedentes del Derecho de cosas, sino que han de ajustarse a la conducta exigida por la relación contractual».

regla del reparto del riesgo es la puesta a disposición estructurada como un llamamiento al cumplimiento en atención a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se deben ejecutar las contraprestaciones. Pero en el Derecho francés, la transmisión del riesgo se ha vinculado a una transmisión siempre automática y a veces instantánea de la propiedad; derecho que alcanza altas cotas de abstracción y cuya efectiva titularidad no depende de donde estén las partes o dónde se encuentre la cosa, sino de la existencia de esta.

Uno podría querer suavizar este automatismo en cuanto al riesgo. Si, como insinuaba BLANLUET y decían MAZEAUD/MAZEAUD, cabe entender que el riesgo corresponde al comprador porque puede proceder a *prendre livraison*, cabría entender que no hay tal atribución en los casos en que esto no es posible; cuando la cosa no está lista. Habría que esperar a un momento posterior que también afectaría al momento de la transmisión de la propiedad –pero no a su automatismo, pues seguiría siendo transmitida de derecho por efecto del contrato, sin necesidad de posterior reiteración de voluntad–; se podría aplicar ese temperamento en cuanto al momento de la transmisión del riesgo que buscaba DANOS, en contra de lo que él mismo decía, aun reconociendo la aplicación de *res perit domino*⁹⁴⁶; se estaría acercando el momento de la transmisión del riesgo a la *délivrance*, que la propia doctrina plantea que tenga lugar en un plazo razonable⁹⁴⁷ aunque se suela decir que en principio debe tener lugar en el momento de la conclusión del contrato⁹⁴⁸; no se llegaría a una

⁹⁴⁶ Como ya he explicado, DANOS, 2007, pp. 398-405, opina que la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo se regulan de forma separada por el antiguo art. 1138 *Code*. A su entender, ese temperamento –que quiere ver en la expresión «*dès l'instant où elle a dû être livrée*»– para la transmisión del riesgo solo es posible que tenga lugar si se aplica la regla *res perit creditori* y no la regla *res perit domino* (p. 401). En mi opinión, ello no tiene por qué ser necesariamente así. El temperamento podría entrar en juego aun aplicando la máxima *res perit domino* porque, si bien afectaría a la contingente instantaneidad de la transmisión de la propiedad, no afectaría al automatismo de la transmisión por efecto del contrato.

⁹⁴⁷ GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 589; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 211.

⁹⁴⁸ MAZEAUD, 1963, p. 764; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 211.

solución tan diferente, al menos en cuanto al riesgo, de la que planteaban BLANLUET y DANOS; tampoco se llegaría a un resultado tan diferente al que planteaba PUFENDORF y, esta vez, tanto en cuanto a la transmisión del riesgo como a la transmisión de la propiedad que el jurista veía en el momento en que la cosa puede ser retirada; y, finalmente, en la medida que parte de la doctrina española ve en la puesta a disposición un *modo de tradición*, tampoco se llegaría a un resultado muy diferente a lo que sucede en Derecho español. Y todo este camino que permitiría ver unas mismas soluciones en cuanto a la transmisión del riesgo, se entendería sin perjuicio de las singularidades o diferencias que, en cuanto a la transmisión de la propiedad, existan entre el régimen *solo contractu* francés y el sistema del título y el modo español. Pero tal análisis no es el cometido de la presente investigación.

Sea como fuere, se me puede achacar que mi lectura es demasiado española y que hago que la propiedad *signa* al riesgo cuando el sistema francés establece justo lo contrario. Se trataba tan solo de unas reflexiones. No se puede desconocer la particularidad francesa: ese automatismo de la transmisión de la propiedad que, en consecuencia, determina la automática transmisión del riesgo, es de una potencia difícilmente franqueable. Y ello ha determinado la forma en que la doctrina francesa ha tratado varios asuntos y que aquí adelanto sin perjuicio de posteriores explicaciones.

Primero. En una de las modalidades de la antigua compraventa *ad mensuram* (arts. 1452.3 Cc y 1585 *Code*), el contrato podía recaer sobre la totalidad de un género que se encontraba en un determinado lugar. Según las antiguas soluciones, hasta que se contaba, pesaba o medía el género, no se transmitía el riesgo al comprador. En el Derecho español, tal supuesto ha cristalizado en la puesta a disposición. En el Derecho francés, dado que todo ese género es en realidad una cosa específica, la propiedad pasa al comprador automáticamente con la conclusión del contrato y, en consecuencia,

también el riesgo⁹⁴⁹. Segundo. Cuando la compraventa cuenta con un término para la entrega, en Derecho español el vendedor soporta el riesgo hasta que se llega a dicho término y, como he adelantado y después profundizo, el resultado no choca con el régimen de la transmisión del riesgo sino todo lo contrario. En Derecho francés, cuando la compraventa cuenta con un término para la entrega y recae sobre cosa específica, la opinión mayoritaria es que ello no impide la transmisión automática de la propiedad y, en consecuencia, del riesgo⁹⁵⁰. Como se observa, si la naturaleza de la cosa permite la transmisión automática de la propiedad, en consecuencia, se transmite inmediatamente el riesgo, independientemente de donde se encuentre la cosa o las partes. Tercero. En el contrato de compraventa sometido a condición suspensiva, aunque tradicionalmente se considera que el cumplimiento de la condición determina la transmisión del riesgo, en Derecho español no es posible prescindir de la regla de la puesta a disposición. En Derecho francés, en la medida en que el cumplimiento de la condición determina automáticamente la transmisión de la propiedad, se da la misma solución en cuanto al riesgo. Parece, pues, en línea con las antiguas soluciones. No obstante, el legislador introduce cambios en cuanto a la solución del riesgo en caso de deterioro de la cosa *pendente condicione* que no se ajustan a la solución tradicional animado precisamente porque, durante la fase de pendencia, el comprador todavía no es propietario. En fin, las anteriores muestran una serie de diferencias al menos teóricas entre los dos sistemas.

Segunda nota. La regla *res perit domino* conduce a una solución distinta en cuanto al riesgo en caso de que, estando en mora el vendedor en la entrega, se demuestre que la cosa habría igualmente sufrido el caso fortuito si hubiese sido entregada. En Derecho español, como ya he explicado, la mora en la entrega impide la puesta a disposición traslativa del riesgo y, aunque se pueda exonerar al vendedor de responsabilidad por daños, el comprador no pecha con el

⁹⁴⁹ Capítulo 3, II, 3, B).

⁹⁵⁰ Capítulo 3, VII.

riesgo⁹⁵¹. En Derecho francés, la solución que se encuentra en los antiguos arts. 1138.2 y 1302.2 *Code*⁹⁵², tras la reforma de 2016 ahora se encuentra en una lectura conjunta de los nuevos arts. 1196.3 y 1351-1 *Code*⁹⁵³: si en virtud del contrato, el comprador adquiere la propiedad, también asume el riesgo. Pero la mora del vendedor mantiene los riesgos a cargo de este último, como una *excepción* a la asociación de propiedad y riesgo, salvo que se demuestre que el caso fortuito habría igualmente afectado a la cosa tras la entrega. Se produce una *reenvío* del riesgo al comprador, y el vendedor ya no responde⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ *Vid.* Capítulo 1, II, 1, B).

⁹⁵² Antiguo art. 1138.2 *Code*: «Elle [l'obligation de livrer] rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier». Antiguo art. 1302.2 *Code*: «Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également perdue chez le créancier si elle lui eût été livrée».

⁹⁵³ Nuevo art. 1196.3 *Code*: «Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.» Nuevo art. 1351-1 *Code*: «Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée./ Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose». En el ámbito de la reforma del Código civil belga y sobre la mora del acreedor, cfr. art. 5.215 de la *Proposition de Loi portant le Livre 5 «Les obligations» du Code Civil. Chambre des représentants de Belgique. 6 avril 2022*: «La mise en demeure du créancier empêche le cours des intérêts dus par le débiteur./ Elle libère le débiteur de la réparation du dommage résultant du retard ultérieur dans l'exécution de l'obligation./ Elle met les risques à la charge du créancier, s'il ne les supporte pas déjà».

⁹⁵⁴ En este sentido, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, pp. 1516, 1517 y 1875. A los autores, ello le parece equitativo dado que, si la obligación se hubiese ejecutado, el acreedor habría sufrido en todo caso la pérdida. Añaden que el segundo párrafo del art. 1315-1 *Code* solo es de interés cuando el acreedor no es ya propietario por efecto del contrato porque, si la propiedad ya se ha transmitido, los derechos y acciones que menciona el precepto ya le corresponden de derecho al comprador sin necesidad de cesión alguna. *Vid.* también DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 477 y 912, quienes reiteran que la solución es la misma que la de los antiguos preceptos. Para la cuestión con anterioridad a la reforma del *Code*, LAROMBIÈRE, 1857a, p. 446; DEMOLOMBE, 1877, p. 417; LAURENT, 1878a, p. 308; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 906.

En cuanto al supuesto de sucesivas ventas, ya he explicado que, en Derecho español, ello no permite articular la puesta a disposición en favor del comprador y, en consecuencia, el riesgo es del vendedor⁹⁵⁵. En Derecho francés, entiendo que la solución es la siguiente. Nada impide que la transmisión de la propiedad al primer comprador tenga lugar y, en consecuencia, la transmisión del riesgo. Pero con la celebración de la ulterior compraventa, el vendedor no ha transmitido una propiedad libre de derechos y pretensiones de terceros y habrá de responder de ello a través de la garantía de evicción. Respecto a la segunda compraventa, el art. 1599 *Code* dispone que «*la vente de la chose d'autrui est nulle*». Por lo tanto, no es posible ni la transmisión de la propiedad ni del riesgo. El precepto ha sido criticado, considerándose que tal supuesto debería ventilarse a través de la garantía de evicción ante el incumplimiento del vendedor de la obligación de transmitir la propiedad en el momento relevante⁹⁵⁶. Si la entrega al segundo comprador tiene lugar, nos adentramos en uno de los supuestos de alteración del sistema de transmisión de propiedad *solo contractu* donde una serie de requisitos y presupuestos determina a cuál de los adquirentes proteger; cuestiones que aquí no voy a explorar⁹⁵⁷. El caso es que, a la postre, si la transmisión de la propiedad se opera en favor del segundo y no del primer comprador, este no pechará con el riesgo y ello sin perjuicio de los remedios ante el incumplimiento del vendedor; los mismos remedios de los que dispondrá el segundo comprador quien, no obtiene una propiedad libre de derechos y pretensiones de terceros (el primer comprador).

Tercera nota. La regla *res perit domino* se ha expandido más allá de los supuestos a lo que alcanzaba la regla *res perit emptori*. El art. L. 132-7 *Code de commerce* contiene una previsión expresa para la compraventa que implica transporte: «*La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son*

⁹⁵⁵ Vid. Capítulo 1, II, 1, B).

⁹⁵⁶ BOUCARD/DINCA, 2015, pp. 78-80 y 83-84; BOUCARD, 2016, pp. 534-535 y 542.

⁹⁵⁷ Vid. BOUCARD, 2017, *passim*.

recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport». La norma ya existía en 1863. Como he explicado, la regla *res perit emptori* fue creada para una compraventa de ejecución en plaza en la que el comprador debe desplazarse a buscar la cosa. El precepto citado atribuye el riesgo durante el transporte al propietario. Por su parte, y para las compraventas con transporte marítimo, dispone el art. 5424-2 *Code des transports*: «*La vente au départ met la chose vendue aux risques et à la charge de l'acheteur, à compter du jour où elle a été livrée dans les conditions du contrat*». Cabría preguntarse si la transmisión de la propiedad, y del riesgo, podría tener ya lugar antes de la expedición en la medida en que se trate de una cosa determinada⁹⁵⁸. La forma en que se expresa la segunda norma parece que lo impide, al menos, en su ámbito de aplicación. En el Derecho codificado español, no existen normas que prevean el reparto del riesgo en compraventas que implican transporte⁹⁵⁹.

Cuarta nota. La regla *res perit domino* ha sobredimensionado el ámbito en el que tradicionalmente se aplica la regla *res perit emptori*. La existencia de una cláusula de reserva de dominio en el contrato de compraventa determina que el vendedor, en consecuencia, peche todavía con el riesgo a pesar de la entrega; momento que tradicionalmente pone fin a la cuestión de la transmisión del riesgo. Por eso la doctrina francesa ha prestado particular atención a este supuesto. La apreciación general es que el brocardo *res perit domino* se concilia mal con una propiedad reducida a su sola función de garantía⁹⁶⁰. Conforme a alguna opinión, en la medida en que se puede disociar la transmisión del riesgo y la propiedad y estipular en estos casos que el riesgo lo soporte el vendedor hasta la *délivrance*, el presente caso no es suficiente para cuestionar la oportunidad de la regla *res perit domino*⁹⁶¹. Para otros, en cambio, justo lo contrario.

⁹⁵⁸ Vid. MAZEAUD, 1963, p. 738; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, pp. 166-167.

⁹⁵⁹ Vid. Capítulo 4, II, 2, A).

⁹⁶⁰ SÉRIAUX, 2006, pp. 399-400.

⁹⁶¹ BOUCARD, 2020, pp. 421-422.

DUBARRY reflexiona que el supuesto demuestra que hay casos en que la atribución de la cualidad de propietario puede devenir en una mera formalidad que no representa la principal característica del cumplimiento del contrato. A su entender, aunque la regla *res perit domino* pueda considerarse el punto de partida, se debe hacer de ella una relectura finalista y no rígida que permita articular una aproximación unitaria a la cuestión que incluso supere la diferencia entre contratos traslativos y no traslativos: debe atribuirse el riesgo a quien tiene la facultad de obtener las utilidades económicas de la cosa en virtud del contrato. Opina que tal no es el caso del vendedor todavía propietario por una cláusula de reserva de la propiedad y, añade, la «*tradition*» puede ser un indicio –tan solo eso: un indicio y no criterio definitivo– de esa atribución⁹⁶². BONHOMME, no obstante, recurre a este supuesto para ahondar en su postura favorable a vincular la transmisión del riesgo al momento de la *livraison*⁹⁶³ y disociarla de la transmisión de la propiedad.

Quinta nota. A diferencia de lo que sucede en Derecho español, en el ámbito del Derecho francés no existe una oposición generalizada contra la disciplina de la transmisión del riesgo. En el ordenamiento jurídico español la doctrina no aprecia nada que justifique esa extraña idea llevada al extremo de que el riesgo corresponde al comprador desde la perfección del contrato y se considera que hasta el cumplimiento de la obligación de entrega el vendedor debería responder; lo cual supone, como yo defiando, la desaparición del ámbito de aplicación de la disciplina de la transmisión del riesgo. En el ordenamiento jurídico francés no hay, como tal, un cuestionamiento general de la disciplina de la transmisión del riesgo, es decir, no se cuestiona que haya un momento a partir del cual, a pesar del incumplimiento del vendedor de la obligación de entrega, el comprador no pueda acudir a los remedios en la medida en que aquel sea sido diligente. Lo que hay en Derecho francés, como hemos visto a lo largo de estas páginas, es un tradicional cuestionamiento de la

⁹⁶² DUBARRY, 2014, pp. 222-234.

⁹⁶³ BONHOMME, 2004, p. 76. *Id.* nota a pie de página 866.

vinculación de la transmisión del riesgo con la transmisión de la propiedad.

Recientemente, ha dicho BOUCARD que ningún imperativo lógico exige asociar o disociar la transmisión del riesgo y la de la propiedad⁹⁶⁴. Pero, con todos los respetos, yo creo que al menos un afán de claridad sí exige disociar ambas cuestiones porque sencillamente *son distintas*. Me explico con mayor detenimiento más adelante⁹⁶⁵ pero, si las cosas se miran despacio, nos vemos en la necesidad de trocear el contrato; tratar separadamente el cumplimiento y el incumplimiento de cada obligación –a lo que ahora interesa– del vendedor porque son de naturaleza diversa y pueden –y suelen– tener lugar en momentos distintos. Este tratamiento diferenciado de cada obligación permite ver su eventual incumplimiento tanto de forma aislada como en relación con el conjunto del contrato y las restantes obligaciones –algunas ya cumplidas, otras pendientes de serlo– para, en fin, decidir qué remedios cabe conceder al comprador. Y si por una cuestión de política legislativa se quiere proteger al vendedor que no cumple una concreta obligación como la entrega –es la clásica cuestión del riesgo en el contrato de compraventa– tal medida protectora debe construirse tomando como referencia aquella obligación de cuyo incumplimiento no se le quiere hacer responder. La transmisión del riesgo mira por lo tanto a la obligación de entrega no a la obligación de transmitir la propiedad. Porque una cosa son los riesgos (en el sentido más amplio de la palabra) de la entrega y otra cosa son los riesgos de la propiedad.

Sexta nota. Si en opinión de la anterior autora no hay un imperativo lógico que exija desligar transmisión del riesgo y propiedad, tampoco observa una razón de oportunidad.

Hace alusión a la compraventa entre profesionales y entre profesionales y consumidores y, en tales casos, sí que concibe que el

⁹⁶⁴ BOUCARD, 2020, p. 421.

⁹⁶⁵ *Vid.* Capítulo 4, IV.

vendedor asuma el riesgo, tras la transmisión de la propiedad, «*jusqu'à la délivrance à l'acheteur – voire la livraison*». Estima que el contrato recaerá habitualmente sobre un bien estandarizado, fácilmente sustituible por el vendedor en caso de pérdida o deterioro; riesgos que el vendedor habrá calculado y repercutido sobre el precio. A su entender, «*le prix devient-il la contrepartie de la délivrance (ou de la livraison) plutôt que di transfert de propriété*».

En cambio, para la compraventa civil, dado que ordinariamente recae sobre una cosa única, el vendedor difícilmente la podrá remplazar y, además, BOUCARD no aprecia posibilidad de anticipar tales riesgos para que el vendedor pueda subir el precio en consecuencia. De ahí que considere oportuna la regla *res perit domino* combinada con la obligación de conservación del vendedor hasta la *délivrance*⁹⁶⁶.

No obstante, a vista de una eventual reforma de la disciplina de la transmisión del riesgo en Derecho español, las anteriores consideraciones no convencen. No se comparte el asumir como punto de partida una diferenciación entre compraventas civiles, mercantiles y con consumidores; sin perjuicio de que las últimas requieran atención particular. Tampoco convence el afirmar que, *normalmente*, unas modalidades de compraventas recaen sobre géneros y otras sobre bienes únicos pues, aunque así sea *normalmente*, no tiene por qué ser siempre así. No parece un dato relevante al menos para decidir la cuestión del riesgo. En tercer lugar, tampoco se entiende que el precio sea a veces contraprestación de la transmisión de la propiedad y, en otras, de la entrega. El comprador quiere *todo lo prometido*; y ello sin perjuicio de que el incumplimiento de esta u otra obligación pueda traer consigo consecuencias distintas en este u otro caso. En cuarto lugar, no se comparte el planteamiento de la transmisión del riesgo al comprador con anterioridad a la entrega junto a la obligación de conservación del vendedor porque seguimos sin comprender por qué el comprador no puede remediar frente al incumplimiento de una obligación que no ha sido cumplida.

⁹⁶⁶ BOUCARD, 2020, p. 423-424.

En fin, no convence la solución del art. 1452 Cc y tampoco convence la que ha mantenido el legislador francés tras la reforma de 2016.

Última nota. A lo largo de estas páginas he planteado varias veces la pregunta de qué ha cambiado respecto del pasado la aplicación de la máxima *res perit domino* a la cuestión de la transmisión del riesgo en la compraventa. Y, quizás, la pregunta está mal formulada porque el pasado, en lo que concierne al riesgo, presenta muchas dudas e interrogantes más allá de esa imagen heredada de la compraventa de cosa determina que transmite el riesgo al comprador *al instante* de su conclusión, salvo una serie de excepciones.

En vez de preguntarse qué ha cambiado *res perit domino* frente al pasado, hay que preguntarse qué alcance tiene la regla. Hasta cierto punto, me parece inadecuado decir que *res perit domino* constituye una «desviación»⁹⁶⁷ de *periculum est emptoris*; porque también se puede calificar como desvío la lectura conjunta que yo realizo del Código civil y Código de comercio españoles y a través de la cual, sin negar la vigencia de *periculum est emptoris*, llego a apreciaciones distintas a las de la mayoría de la doctrina; tanto respecto de los que denuestan la regla como de quienes la defienden.

El acervo romano de la *emptio perfecta* es recibido tanto por el Derecho español como el Derecho francés, pero, en atención al contexto en que se desenvuelve la tarea codificadora en cada país, cristaliza de diversa manera en cada ordenamiento.

El rumbo que sigue el riesgo en la codificación civil española es una historia de ida y vuelta: partida hacia *res perit domino* –por la influencia del Derecho francés en el Proyecto de 1851– y regreso a *periculum est emptoris* –tras el abandono del sistema de la transmisión de la propiedad *solo contractu* por la teoría del título y el modo–

⁹⁶⁷ Expresión de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 245.

conforme a una tradición histórica⁹⁶⁸ de perfiles insondables y a la postre cuestionada para cuya compleja regulación yo encuentro claridad en su cotejo con la separada y previa regulación del riesgo en el Código de comercio. En esta particularidad española, la anomalía que representa la doble codificación del contrato de compraventa por las razones ya explicadas, se encuentra la oportunidad de otorgarle a la doctrina de la transmisión del riesgo un cariz más razonable; de tratar de comprenderla por mucho que, en la actualidad, planteamientos teóricos y cuestiones prácticas aconsejen revisarla.

El rumbo que sigue el riesgo en la codificación francesa es una historia de continuidad: un ánimo o inercia en el mantenimiento de la regla *periculum est emptoris*; máxima sobre la que planea la sombra de una duda que yo creo que fue provocada por el propio POTHIER. Los redactores del *Code*, salvan dicha desconfianza –es decir, pretenden mantener la regla– haciendo pechar al comprador el riesgo como propietario: *res perit domino*. En torno a ese interrogante sobre si el nuevo sistema de transmisión de la propiedad justifica la transformación de *periculum est emptoris* en *res perit domino* o si es

⁹⁶⁸ No se pueden compartir las apreciaciones de RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO / ET AL., 1986, p. 39 cuando al exponer ciertos cuestionamientos a la «doctrina dominante» sobre el art. 1452 Cc, se plantea que si en el Proyecto de 1851 el comprador pechaba con el riesgo por ser dueño, al cambiar el Código de 1889 el sistema traslativo de propiedad el riesgo habría de ser del vendedor por tal motivo: «no se entiende bien que al cambiar el régimen de transmisión de la propiedad (del simple contrato, al título y modo) no haya cambiado también, el régimen de los riesgos que deben correr siempre a cargo de quien sea dueño de la cosa en le momento de su pérdida: no se entiende, en suma, que siendo el vendedor dueño de la cosa hasta la entrega, sufra el riesgo de pérdida el comprador. Si por el juego del art. 1095 quedan a favor del comprador los frutos, compénsese en buena hora con los deterioros (daño frente a provecho), pero no parece justo que deba soportar él solo la total pérdida de la cosa». Pero a esta apreciación responde LACRUZ BERDEJO, 1986, pp. 41-42, en nota a pie de página: «Ciertamente, en el proyecto de 1851 el riesgo se imputa al comprador, *además*, porque recibió la propiedad de la cosa mediante el simple contrato. Pero carecería de sentido que el regreso del Cc. al Derecho histórico en materia de transmisión de propiedad hubiera determinado, no se sabe por qué accidente, la ruptura con el sistema tradicional en materia de riesgos». La cursiva es del autor y comparto sus reflexiones salvo en lo que respecta a un aspecto: en el Proyecto de 1851 el riesgo corresponde al comprador no porque, *además*, sea propietario; esto es, como si este fuese un argumento a mayores. El Proyecto, en todo su afrancesamiento, determina que el riesgo es del comprador *porque* es propietario.

la máxima *periculum est emptoris* la que impulsa la transmisión de la propiedad *solo contractu*, creo que resulta hasta cierto punto artificioso pretender decantarse por una de las dos opciones. Es cierto que en las palabras de los redactores y la terminología del propio art. 1138 *Code* trasluce la cláusula de *dessaisine-saisine*. Pero también se recurre una terminología –básicamente la perfección del contrato– que tradicionalmente solo se refería a la transmisión del riesgo para ahora aludir a la transmisión de la propiedad. Lo prudente es mantenerse en una tercera vía y reconocer el mutuo influjo entre ambas cuestiones.

La comparativa realizada entre los sistemas español y francés muestra alguna diferencia, *al menos teórica*; acaso, una mayor prontitud y rigurosidad en la transmisión del riesgo en el sistema francés que en el español porque, en el primer sistema, esa transmisión sigue el automatismo del de la propiedad, mientras que en el segundo, la transmisión del riesgo busca la realización de la entrega y se acerca lo máximo posible a tal momento. El tiempo en el cumplimiento de esta obligación, que a mi entender es decisivo para entender la disciplina de la transmisión del riesgo en Derecho español, no parece impactar a la transmisión del riesgo en el Derecho francés; donde comúnmente se afirma que un plazo o término para la entrega no afecta a dicha transmisión⁹⁶⁹.

Sea como fuere, dejando de lado la *extralimitación* del sistema francés en casos de reserva de la propiedad de la cosa entregada, la verdad es la que sigue: en ambos ordenamientos, el vendedor tiene que entregar la cosa y tiene que entregarla en el estado en que se encontraba en el momento de la *perfección* del contrato. E independientemente de que el riesgo se transmita de forma más o menos temprana en un sistema u otro, ambos niegan al comprador la posibilidad de acudir a algún remedio ante una pérdida o deterioro fortuitos antes de que haya llegado el momento relevante para el cumplimiento de ambas obligaciones: el momento de la entrega. En ambos sistemas no se quiere hacer responder al vendedor del incumplimiento en la medida

⁹⁶⁹ *Vid.* Capítulo 3, VII.

en que haya sido diligente. Por ello, insisto, en ambos sistemas tiene sentido hablar de transmisión del riesgo; transmisión que mira a la entrega.

III. DERECHO INGLÉS: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DEL CONTRATO

1. Transmisión del riesgo en el momento de la transmisión de la propiedad: desarrollo interno y posible influjo de la *emptio perfecta*

En el Derecho inglés, la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad⁹⁷⁰ se encuentran entrelazadas en la *Sale of Goods Act* de 1979 (en adelante, SGA) conforme a un sistema traslativo en el que, tal y como se rubrica la sección 17 SGA, «*Property passes when intended to pass*». La s. 17(1) SGA dispone lo que sigue: «*Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred*».

En principio, el Derecho inglés separa el contrato y la transmisión de la propiedad. No es el contrato el que transmite la propiedad, sino que ello depende de la intención de las partes. La sub-s. 17(2) SGA establece un test objetivo para conocer dicha voluntad⁹⁷¹ y la s. 18 SGA contiene una serie de reglas desarrolladas por el *common law*⁹⁷² —que abordaré sucintamente— para determinar dicha intención cuando

⁹⁷⁰ La SGA utiliza conceptos «*property*» o «*title*» pero no «*ownership*». Conforme a la sub-s. 61(1) SGA, *property* significa «*the general property in goods, and not merely a special property*». Según señala STEPHENS, 2000 (2014), pp. 28-29, con alguna indicación sobre la complejidad de estos términos, se entiende que *general property* se utiliza como sinónimo de *ownership*. Sea como fuere, lo que está claro, señala el autor, es que el vendedor ha de transmitir al comprador «*the seller's absolute legal interest in the goods*». Vid. en BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 220, la utilización conjunta de todos estos términos: «*Title of the buyer. When the property in the goods passes to the buyer, there will be transferred to him the entirety of the seller's ownership rights in the goods, amounting to a legal interest in the goods sold*». En el texto, yo empleo la palabra propiedad.

⁹⁷¹ S. 17(2) SGA: «*For the purpose of ascertaining the intention of the parties regard shall be had to the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case*».

⁹⁷² «*Presumptions*», dicen BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 219.

no hay otra indicación al respecto⁹⁷³. Se incluye lo que se presenta como la «regla general» de la transmisión de la propiedad de cosas específicas en el momento de la conclusión del contrato. En aplicación de esta última sección, en muchos casos es el contrato el que transmite la propiedad. No obstante, esto se atribuye a la intención de las partes más que a una regla de Derecho⁹⁷⁴. En definitiva, son las partes las que deciden *cómo y cuándo* se produce el traspaso de la propiedad⁹⁷⁵.

La sub-s. 2(1) SGA define el *contract of sale* como el contrato en virtud del cual «*the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration*⁹⁷⁶, *called the price*»; de ahí deviene la diferencia entre *sale* y *agreement to sell*. Conforme a la sub-s. 2(5) SGA, un contrato de compraventa es un *agreement to sell* cuando la transmisión de la propiedad sobre las cosas «*is to take place at a future time or subject to some condition*⁹⁷⁷ *later to be*

⁹⁷³ MERRETT, 2021, p. 2009: «*It must be emphasised that these rules are presumptions and nothing more. They are not applied if the parties have agreed when and on what conditions the property is to pass*».

⁹⁷⁴ Sigo a CARTWRIGHT, 2013, p. 53; quien destaca que este enfoque que hace depender la transmisión de la propiedad de la *intención* de las partes es típico del enfoque todavía más general de la importancia que tiene dicha intención en el Derecho de contratos.

⁹⁷⁵ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 219: «*The question whether and at what time the property passes to the buyer is dependent upon the intention of the Parties*». HACKER, 2021, p. 100: «*Title to the goods being sold therefore passes by consent alone as and when the parties want it to pass*».

⁹⁷⁶ En una rápida traducción «*consideration*» equivale a *contraprestación*. Si bien, la doctrina de la *consideration* tiene mucho mayor alcance. *Vid.* DAVIES, 2021, p. 480 y ss.

⁹⁷⁷ Aquí el término *condition* se refiere a la realización de un evento o al cumplimiento de alguna obligación por una de las partes y entiendo que se trata de las denominadas *conditions precedents*. Explica MCKENDRICK, 2021a, pp. 1832-1833, que el término *condition* su utiliza en el ámbito del Derecho de contratos en diferentes sentidos. Existe una *condition precedent* cuando el cumplimiento de las obligaciones de una parte se sujeta a la *condition* de que la otra parte cumpla primero sus obligaciones o cuando el cumplimiento de las obligaciones se sujeta a la *condition* de que tenga lugar una contingencia; evento contingente que ninguna de las partes se compromete a realizar. En este contexto, el término *condition* se refiere a un evento más que a un término del contrato [se refiere el autor a la clásica división entre *conditions* y *warranties*]. Cuando el evento consiste en el cumplimiento por la otra parte de sus obligaciones en virtud del contrato, se trata de una *promissory condition* y cuando se trata de un acontecimiento que ninguna de las partes se ha comprometido a realizar, se trata de una *contingent condition*.

fulfilled». Y tras una lectura combinada de la sub-s. 2(4) y (6)⁹⁷⁸ SGA, una compraventa es una *sale* cuando transmite por sí misma la propiedad en el momento de la conclusión del contrato o cuando, transcurrido el tiempo o cumplidas las *conditions* previstos, el contrato que inicialmente era un *agreement to sell* se convierte⁹⁷⁹ en una *sale*; todo ello, recuérdese, de conformidad con la voluntad de las partes. En ambos casos, la *sale* no solo es un contrato sino también *a conveyance* en el sentido de que es efectiva para transmitir la propiedad⁹⁸⁰.

Conforme a la SGA y la jurisprudencia (*case-law*), la esencia de la compraventa es pues la transmisión de la propiedad a cambio del precio⁹⁸¹; hasta el punto de que se ha afirmado que la *obligación*⁹⁸² de transmitir la propiedad es correlativa a la del pago del precio aunque por razones prácticas la s. 28⁹⁸³ disponga que la entrega (*delivery*⁹⁸⁴) y el pago del precio son «*concurrent conditions*»⁹⁸⁵ (obligaciones de

⁹⁷⁸ Sub-s. 2(4) SGA: «*Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer the contract is called a sale*». Sub-s. 2(6) SGA: «*An agreement to sell becomes a sale when the time elapses or the conditions are fulfilled subject to which the property in the goods is to be transferred*».

⁹⁷⁹ El *agreement to sell* «*is later performed or executed by the transfer of the property*», dicen BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 27.

⁹⁸⁰ STEPHENS, 2000 (2014), p. 26; BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 27.

⁹⁸¹ STEPHENS, 2000 (2014), p. 13.

⁹⁸² Explica BRIDGE, 2014, p. 369, que no hay una expresa obligación de transmitir la propiedad pues la s. 27 SGA establece que la obligación principal del vendedor es entregar. Ello puede parecer extraño. Las sub-s. 12(1) y (5A) SGA establece la *implied obligation*, considerada como *condition* [es decir, obligación esencial cuyo incumplimiento da derecho a resolver (*terminate*) el contrato. *Vid.* MCKENDRICK, 2021c, pp. 1987-1988] de que el vendedor tiene derecho a vender las mercancías, lo cual no es lo mismo que exigir al vendedor que transfiera tal derecho al comprador. No obstante, señala el autor, dado que la transmisión de la propiedad exige consentimiento de las dos partes, si el vendedor rechaza realizar la transmisión, necesariamente incumple el contrato; incumple dicho *implied term*.

⁹⁸³ S. 28 SGA: «*Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions, that is to say, the seller must be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price and the buyer must be ready and willing to pay the price in exchange for possession of the goods*».

⁹⁸⁴ *Vid.* Capítulo 1, IV, *in fine*.

⁹⁸⁵ En este sentido SEALY, 1972, p. 226: «*in the ultimate analysis it is the property alone which counts*». Señala el autor que las obligaciones principales del vendedor son *deliver* y *transmitir* la propiedad.

cumplimiento simultáneo⁹⁸⁶). Pero, por un lado, hay que indicar que la afirmación no se realiza –a diferencia de lo que hace parte de la doctrina francesa– para justificar con más facilidad la regulación de la transmisión del riesgo. Como dice TREITEL, las normas sobre transmisión del riesgo de la SGA no han recibido particular crítica⁹⁸⁷ aunque sí alguna, como explicaré. Por otro lado, se ha observado que, si bien la propiedad juega un rol fundamental en la estructura de la SGA, en la práctica comercial la ubicación de la propiedad de las mercaderías puede frecuentemente ser de menor importancia que la localización del riesgo y que la transmisión de la propiedad es de menor importancia que la entrega de las mercaderías o de los *documents of title to the goods*⁹⁸⁸.

A lo que ahora interesa, la distinción entre la *sale* y el *agreement to sell* determina *en principio*⁹⁸⁹ el reparto del riesgo de pérdida y deterioro. De conformidad con la sub-s. 20(1) SGA, se vincula la transmisión del riesgo a la transmisión de la propiedad: «*Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not*». La norma ya se contenía en la *Section 20(1) Sale of Goods Act 1893*.

No obstante, hubo un tiempo en el que esto no era así: ni la propiedad se transmitía por el contrato, ni el riesgo se transmitía con anterioridad a la entrega.

Explica FIFOOT que, en los tiempos de GLANVILL, la compraventa es vinculante no por fuerza del acuerdo, sino solo por la entrega de la cosa o el pago del precio en todo o en parte. En esa época, finales del siglo XII, el riesgo generalmente corresponde a la parte que, en su

⁹⁸⁶ MCKENDRICK, 2021a, p. 1833.

⁹⁸⁷ TREITEL, 2014, 105.

⁹⁸⁸ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 220.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 28. Solo «en principio», se insiste, en la medida en que las partes pueden establecer sus propios acuerdos.

sentido más literal, tiene la cosa –«*who holds the thing*», dice y traduce el autor⁹⁹⁰. Y parece que esta decisión no se infiere de una doctrina sobre la propiedad o la posesión, sino que es una consecuencia práctica de la situación en la que se encuentran las partes. En el siglo posterior, con base en estos antecedentes y siendo todavía el contrato real y no consensual, BRACON distingue con mayor nitidez la formación del contrato, la transmisión de la propiedad y el riesgo. A lo que ahora interesa, por un lado, se marca la diferencia entre el contrato y la *conveyance*, que solo tiene lugar con la entrega. Por otro, el riesgo sigue correspondiendo a aquella parte «*who holds the thing*». Pero la regla, que antes no parecía más que una previsión de sentido común, ahora se asocia a la cuestión de la propiedad: el vendedor, mientras siga –«*keep*», dice el autor– con la cosa, asume el riesgo porque es el propietario⁹⁹¹.

Tras un período de tiempo en el que ya se reconoce la compraventa como contrato consensual⁹⁹², a mediados del siglo XIV⁹⁹³ –según unos– o a mediados del siglo XV⁹⁹⁴ –según otros–, se consolida la

⁹⁹⁰ Explica HALL, 1965, p. xi, que el tratado atribuido a GLANVILL se escribe probablemente entre 1187 y 1189. Extraigo de su texto (p. 130) el pasaje de GLANVILL (*B. X, Cap. 14*):

«*The risk in respect of the thing purchased and sold is generally on the party in possession, unless there is an agreement to the contrary*». «*Periculum autem rei emptæ et venditæ illum generaliter respicit qui eam tenet, nisi aliter conuenerit*».

⁹⁹¹ FIFOOT, 1949, pp. 226-227. El texto de BRACON lo tomo de THORNE, 1968, p. 188:

«*Once a purchase and sale has been concluded, as was said above, the risk attending the thing bought and sold both before delivery and after it, falls generally upon him who has it in his possession, unless it is otherwise agreed at the outset, for obviously he who has not yet delivered the thing to its buyer will still himself be its owner [...]*». «*Cum emptio et venditio contracta fuerit ut prædictum est ante traditionem et post, periculum rei emptæ et venditæ illum generaliter respicit qui eam tenet, nisi aliter ab initio convenerit, quia re vera qui rem emptori nondum tradidit, adhuc ipse dominus erit, [...]*».

⁹⁹² FIFOOT, 1949, p. 227, sitúa la primera etapa de la transición del carácter real al consensual de la compraventa a mediados del siglo XIV. En cambio, IBBETSON, 1991, p. 490, entiende que mucho antes de esta fecha se reconocía «*the binding quality of executory contracts for the sale of goods*».

⁹⁹³ *Ibidem*, p. 491.

⁹⁹⁴ FIFOOT, 1949, p. 228; MILSOM, 1961, p. 275.

idea de la transmisión de la propiedad sin la entrega. No es preciso entrar en detalles, pero los compradores recurren a una acción denominada *in detinue* para reclamar cosas específicas (*specific chattel*) y que presupone la propiedad del demandante⁹⁹⁵; obstáculo que eluden alegando la existencia de un *bailment* (contrato de depósito)⁹⁹⁶. Y es así como la presión de esta práctica mercantil y la búsqueda por salvar la dificultad de que la acción *in detinue* hace valer la propiedad, determinan que los tribunales acaben por reconocer la transmisión de la propiedad con el contrato⁹⁹⁷. Ya en el siglo XVI, los jueces concluyen que la transmisión de la propiedad es una cuestión dependiente de la voluntad de las partes⁹⁹⁸.

En cuanto a la cuestión del riesgo, del anterior desarrollo se hace la siguiente lectura: si en los tiempos de BRACON se vincula la atribución del riesgo con la transmisión de la propiedad y esta con la entrega, cuando se abandona este último requisito y se permite al comprador de mercaderías específicas recurrir a la acción *in detinue*, presuponiendo que la propiedad ha sido transmitida con la conclusión del contrato, ello tiene como corolario la transmisión del riesgo desde este primer momento⁹⁹⁹. Destaca IBBETSON que, cuando cuaja el reconocimiento de la transmisión de la propiedad con el contrato de compraventa, sus efectos inmediatos son en realidad insignificantes: si el vendedor no entrega, el comprador sigue disponiendo de la acción *in detinue*. Y, a lo que ahora más interesa, añade el autor que, aunque

⁹⁹⁵ Señala HOLDSWORTH, 1934, p. 355, que la *action of detinue* es generalmente utilizada por el propietario desprovisto de la posesión para *assert* [¿reivindicar?] su derecho de posesión. Su ámbito de aplicación es propiamente recuperar («*recovery*») la posesión que previamente tenía.

⁹⁹⁶ Explica BAKER, 2019, p. 409, que el comprador tiene que tratar al vendedor como un «*constructive bailee*». El comprador alegaría que hay una entrega momentánea en el momento de la conclusión del contrato y que deja las mercaderías al vendedor en depósito para su salvaguarda hasta su retirada.

⁹⁹⁷ Con detalle, FIFOOT, 1949, pp. 227-229; MILSOM, 1961, pp. 273-275 y 282-283. Para HOLDSWORTH, 1934, p. 355, se encuentra aquí el origen de la doctrina conforme a la cual el contrato de compraventa de cosas específicas transmite la propiedad sobre estas.

⁹⁹⁸ BAKER, 2019, p. 409.

⁹⁹⁹ HÄCKER, 2021, pp. 103-104, siguiendo a Zwirlein, con apuntes sobre este desarrollo del régimen inglés de la transmisión del riesgo y la propiedad.

no se había formulado una doctrina expresamente al respecto, *siempre fue el caso* –«*it had always been the case*», dice– que el riesgo de pérdida y deterioro, a falta de otro acuerdo, se transmitía al comprador independientemente de la propiedad¹⁰⁰⁰. Esas palabras se me antojan un tanto enigmáticas y no queda claro desde cuándo «*it had always been the case...*» para el autor.

Sea como fuere, el anterior desarrollo muestra que el régimen de la transmisión de la propiedad y del riesgo plasmado en la SGA encuentra sus raíces en una evolución interna y *acaso* no tanto en influjos foráneos. Digo «acaso» porque, como explico en las siguientes líneas, parece que no se pueden descartar tales influencias por completo.

Para comenzar, tiende la doctrina a remarcar la semejanza en los resultados respecto del riesgo entre las s. 18 y 20 SGA y regla romana *periculum est emptoris*¹⁰⁰¹. Y entre los *cases*, también se encuentran referencias a posibles influencias del «*civil law*».

¹⁰⁰⁰ IBBETSON, 1991, p. 493 y nota a pie núm. 5. El autor sostiene que ello es corolario natural de la regla general de que el vendedor «*was only liable for fault (defectum) which could be attributed to him*».

¹⁰⁰¹ Mismos resultados «*broadly speaking*» dice DE ZULUETA, 1945 (1966), p. 34; «*substantially the same effect*» afirman BUCKLAND/McNAIR, 1965, pp. 288-289; «*position not different*» según ZIMMERMANN, 1996, p. 292. En la doctrina española, de sobra conocido, repara sobre esto PUIG BRUTAU, 1982, p. 177, siguiendo a BUCKLAND/McNAIR. A partir de ahí, el autor español hila, como ya he explicado, el art. 333 Ccom y art. 1452 Cc. También LAWSON, 1949, pp. 352, 258-361. El autor presta particular atención a la rúbrica de las s. 16 y ss. SGA –«*Transfer of property as between seller and buyer*»– y señala que, de la misma forma que la cuestión principal de estas secciones donde se regula la cuestión del riesgo es regular la transmisión de la propiedad *entre las partes* –transmisión que, como advierte la rúbrica, quizás no opera frente a terceros, lo cual no es lo mismo que decir que nunca afecte a estos– y que un hombre de negocios –ajeno a cuestiones técnico-jurídicas– también puede considerar que la transmisión de la propiedad *entre las partes* tiene lugar tan pronto como se concluye el contrato, no es descartable que la misma reflexión se hiciese en el comercio en Roma. El autor se alinea con la tesis de WINDSCHEID, 1904, p. 100; quien considera que la razón de ser de la máxima *periculum est emptoris* radica en considerar la cosa, en la relación entre vendedor y comprador, como desprendida del patrimonio del primero y traspasada al patrimonio del segundo.

Por un lado, en el caso *Cochrane v Moore*, FRY sugiere la posibilidad que los sistemas traslativos francés e inglés tengan su origen en la disciplina de la transmisión del riesgo: «*This doctrine that property may pass by contract before delivery appears to be comparatively modern. It may [...] owe its origin to a doctrine of the civil law that the property was at the risk of the purchaser before it passed from the vendor*»¹⁰⁰². No obstante, acabamos de ver que la evolución del sistema traslativo inglés es de mayor complejidad de lo que esta declaración sugiere¹⁰⁰³ y, respecto al sistema francés, ya he explicado que todo parece indicar que su cristalización no tiene como motivo principal la transmisión del riesgo desde la perfección del contrato.

Por otro lado, encontramos una referencia la máxima *res perit domino* en un caso de la segunda mitad del siglo XIX. En *Martineau v Kitching*, BLACKBURN realiza la siguiente declaración: «*As a general rule, res perit domino, the old civil law maxim, is a maxim of our law; and when you can shew that the property passed the risk of the loss, primâ facie, is in the person in whom the property is*»¹⁰⁰⁴. Pero hay que decir que la perla *res perit domino* no es la que guía el parecer de este juez en el presente asunto. A renglón seguido, J. BLACKBURN ya advierte que riesgo y propiedad no están ligados por necesidad. A pesar de las discrepancias que se manifiestan en el caso sobre si la transmisión de la propiedad ha tenido lugar o no¹⁰⁰⁵, esto no es lo relevante. Lo cierto es que las mercaderías compradas permanecen en los almacenes del vendedor, vendedor y comprador acuerdan que estas quedan a riesgo del vendedor durante dos meses, pasado este plazo el vendedor envía un aviso al comprador para recordarle que las mercaderías están a su riesgo, un incendio destruye todos los efectos de los almacenes incluidas las mercancías del contrato en cuestión y se decide que el riesgo corresponde al comprador.

¹⁰⁰² *Cochrane v Moore* (1890) 25 QBD 57 (CA) at 71.

¹⁰⁰³ HACKER, 2021, p. 103.

¹⁰⁰⁴ *Martineau v Kitching* (1871-72) LR 7 QB 436 at 453-454.

¹⁰⁰⁵ La cuestión de la transmisión de la propiedad tampoco es lo que ha de decidir este caso para los jueces LUSH y QUAIN. En cambio, COCKBURN fundamenta su posición en la transmisión de la propiedad.

También se encuentran referencias a la máxima *res perit domino* en el Tratado de C. BLACKBURN. Pero el autor la mira con reticencias y le quita valor –«*it is very meaningless*», dice–: si esta expresión se puede utilizar o no como un argumento para decir que, dado que el riesgo lo soporta una parte esta es por lo tanto propietaria, ello depende enteramente de los términos del contrato¹⁰⁰⁶. Como espero que quede patente a lo largo de estas explicaciones, por mucho que el sistema inglés de la SGA vincule propiedad y riesgo, no se acepta como axioma.

Vuelvo a *Martineau v Kitching* tan solo para afirmar que se llega a una solución cuya argumentación me recuerda al criterio de la puesta a disposición del art. 333 Ccom y art. 1452 Cc. Y lo que en este supuesto tan solo me recuerda al trasfondo de los preceptos españoles, hay otro caso de comienzos del siglo XIX en donde encontramos razonamientos que –me atrevo a decir– se me antojan idénticos.

En *Rugg and Others v Minett and Others*, se compra trementina en barriles a tanto el peso, se encarga al vendedor que los rellene, el comprador tiene la opción de dejar los barriles durante treinta días en los almacenes del vendedor, deben ser inspeccionados por la autoridad para poder ser retirados, el comprador es quien debe gestionar que se realice tal inspección, el vendedor rellena varios barriles pero no los sella precisamente para facilitar su revisión y antes de que pueda rellenar el resto un incendio destruye todos los efectos del almacén. Se decide que la propiedad sobre los barriles llenos ha sido transmitida al comprador, porque nada más quedaba por hacer por parte del vendedor. En cambio, la propiedad y el riesgo de los barriles vacíos permanece en el vendedor.

¹⁰⁰⁶ BLACKBURN, 1885, p. 245: «*Whether that expression can be used as an argument that, because the risk falls on one party, therefore the property is in that party, must depend entirely on the terms of the contract*».

Razona ELLENBOROUGH: «*when the casks [los barriles] were filled up, every thing was done which remained to be done by the sellers. It was necessary however that they should be gauged [revisados en su contenido] before they were removed, and the bungs [tapas] were left out for the purpose of the gauger's doing his office, which it was the buyer's business to have performed*».

Dicho esto, concluye el juez: «*every thing having been done by the sellers, which lay upon them to perform, in order to put the goods in a deliverable state in the place from whence they were to be taken by the buyers, the goods remained there at the risk of the latter. But with respect to the other ten casks, as the filling them up according to the contract remained to be done by the sellers, the property did not pass to the buyers, and therefore they are not bound to pay for them*»¹⁰⁰⁷.

La idea de fondo que se maneja —«el vendedor ha hecho todo lo que le corresponde hacer para...»— se trata de la puesta a disposición de nuestro sistema codificado. Plantea ZIMMERMANN que ELLENBOROUGH bien podría estar aplicando el criterio de *emptio perfecta periculum est emptoris*¹⁰⁰⁸. Y lo cierto es que la hipótesis del autor no va nada mal encaminada.

Explica BLACKBURN que, en determinados casos, la compraventa requiere la realización de «otras cosas» —dice literalmente— y es una cuestión de interpretación —«*construction*»— del contrato averiguar si la realización de esas «otras cosas» precede o no a la transmisión de la propiedad¹⁰⁰⁹. Para esta finalidad, los tribunales establecen dos reglas: por un lado, la necesidad de que el vendedor tenga que hacer algo en las cosas para dejarlas en un *deliverable state* y, por otro, la necesidad de contar, pesar, medir o probar (*test*) las cosas cuando el precio

¹⁰⁰⁷ *Rugg and Others v Minett and Others* (1809) 103 E.R. 985 at 987-988.

¹⁰⁰⁸ ZIMMERMANN, 1996, p. 292.

¹⁰⁰⁹ BLACKBURN, 1885, p. 174: «*Where, therefore, the agreement is for the sale of goods, and also for the performance of other things, it becomes important to ascertain whether the performance of any of those things is meant to precede the vesting of the property or not. This is a question of the construction of the agreement, [...]*».

depende de la cantidad y calidad de estas, aunque se trate de un conjunto determinado. Ambas actuaciones se configuran como *condition precedent*¹⁰¹⁰ para la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, del riesgo¹⁰¹¹.

Señala BLACKBURN que tales reglas precisamente se consolidan en los tiempos de Lord ELLENBOROUGH, que no hay referencias a ellas en las relaciones de *cases* previos, que son aplicadas por primera vez como fundamento del fallo en *Rugg and Others v Minett and Others*, que son posteriormente invocadas en numerosos casos, que por ello adquieren autoridad y no pueden ser cuestionadas a pesar de su reciente introducción en el Derecho inglés y, a lo que ahora más interesa, BLACKBURN opina que son reglas *directamente procedentes del civil law*. El autor extracta con posterioridad a sus explicaciones el texto de POTHIER sobre el riesgo en la compraventa para apoyar su opinión¹⁰¹².

En efecto, la compraventa de cosas que hay que contar, pesar, medir o probar *para determinar el precio* procede sin duda de las antiguas (y

¹⁰¹⁰ Vid. nota a pie de página 977.

¹⁰¹¹ *Idem*. «They are twofold: the first is that where, by the agreement, the vendor is to do anything to the goods for the purpose of putting them into that state in which the purchaser is to be bound to accept them, or, as it is sometimes worded, into a deliverable state, the performance of those things shall (in the absence of circumstances indicating a contrary intention) be taken to be a condition precedent to the vesting of the property./ The second is, that where anything remains to be done to the goods for the purpose of ascertaining the price as by, weighing, measuring, or testing the goods where the price is to depend on the quantity or quality of the goods; the performance of those things, also, shall be a condition precedent to the transfer of the property, although the individual goods be ascertained».

¹⁰¹² *Ibidem*, pp. 174 y 176: «These rules, of which there is no trace in the Reports before the time of Lord Ellenborough, are laid down since the time of that learned judge as rules of English law, in terms nearly equivalent to those in which they are laid down as rules of civil law. [...] Still both the rules seem to be now firmly established as English law, though, as has been already stated, only [since the beginning of this] century, and then, it seems, adopted directly from the civil law. The reader will find some extracts from Pothier in a subsequent part of this work, and by comparing them with the language of the Judges in the cases, he will judge of the accuracy of this opinion. The rules now rest upon the authority of the English decided cases, and cannot be questioned on the ground of their recent introduction into English law».

romanas) compraventas *ad mensuram* que yo estudio con pormenor más adelante comparando el art. 1452.3 Cc y el art. 1585 *Code*¹⁰¹³. En lo que concierne al Derecho inglés, se plasma en la regla 3 de la s. 18 SGA. La estudio brevemente en el siguiente apartado.

Con relación al criterio *deliverable state*, ya he dicho que la forma en que se articula en *Rugg and Others v Minett and Others* se me antoja equivalente a la noción de la puesta a disposición; es más, recuerda en particular al art. 334.3.º Ccom cuando señala que los daños fortuitos que sufran las mercaderías serán de cuenta del vendedor «si el contrato tuviere la condición de no hacer la entrega hasta que la cosa vendida adquiera las condiciones estipuladas». De hecho razona BLACKBURN que se trata de una regla razonable porque si el vendedor debe hacer algo sobre las cosas antes de llamar al comprador –«*call upon the purchaser*», dice–, se entiende que la voluntad de las partes es que la transmisión de la propiedad, y del riesgo, no tenga lugar hasta ese momento¹⁰¹⁴. La idea del llamamiento al comprador, como ya he explicado, es el fundamento de la puesta a disposición como criterio para la transmisión del riesgo en Derecho español; criterio para la transmisión del riesgo que, como he dicho, quizás también cabe considerar *traditio*.

El concepto de la *deliverable state* no solo se formula de forma negativa, como veremos, en la regla 2 de la s. 18 SGA –es decir, dispone la regla que no se transmite la propiedad hasta que la cosa alcance la *deliverable state*–, sino que también acompaña a la «regla general» de la transmisión de la propiedad y del riesgo desde la conclusión del contrato para las cosas específicas –o, con mayor precisión, cosas específicas *in a deliverable state*, como dice la propia sección– que se construye en los siglos XIV-XV.

Y si las explicaciones y opiniones de BLACKBURN –y en su línea las de ZIMMERMANN– son ciertas, hay que reconocer que el sistema inglés

¹⁰¹³ *Vid.* Capítulo 3, II, 2.

¹⁰¹⁴ BLACKBURN, 1885, p. 175.

para la transmisión de la propiedad y el riesgo plasmado en la SGA es resultado de un desarrollo interno y la influencia de la *emptio perfecta*. Quizás cabe decir que, al igual que lo hace SAINZ DE ANDINO en el Ccom 1829 respecto de la puesta a disposición, ELLENBOROUGH induce a partir de antiguas y concretas reglas sobre compraventa de géneros el criterio de la *deliverable state*.

En fin, haré notar sin más que los dos casos anteriores muestran que la problemática del riesgo se decide en un contexto comercial y no en esos supuestos de compraventa al contado como se suele decir.

2. Reglas para averiguar la voluntad de las partes del contrato

La s. 18 SGA reitera la idea de que todo lo concerniente a la transmisión de la propiedad y el riesgo –remisión desde la s. 20 SGA– depende de la voluntad de las partes; por ello se insiste que, aunque la regla a primera vista sea que la transmisión del riesgo se produce con la transmisión de la propiedad, esta regla cuenta con importantes excepciones en la práctica¹⁰¹⁵. En su rúbrica y su breve párrafo introductorio, la s. 18 SGA apela a dicha voluntad hasta tres veces: *«Rules for ascertaining intention. Unless a different intention appears, the following are rules for ascertaining the intention of the parties as to the time at which the property in the goods is to pass to the buyer»*.

La sección contiene cinco reglas cuya aplicación depende de la tipología de cosas sobre las que recaiga la compraventa. La sub-s. 5(1) SGA distingue entre cosas ya existentes o futuras¹⁰¹⁶; clasificación que convive con una segunda distinción entre *specific, ascertained* and *unascertained goods*, es decir, cosas específicas en el momento de contrato¹⁰¹⁷, cosas indeterminadas posteriormente especificadas de

¹⁰¹⁵ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 223.

¹⁰¹⁶ Sub-s. 5(1) SGA: *«The goods which form the subject of a contract of sale may be either existing goods, owned or possessed by the seller, or goods to be manufactured or acquired by him after the making of the contract of sale, in this Act called future goods»*.

¹⁰¹⁷ La s. 61(1) define las cosas específicas como *«goods identified and agreed on at the time a contract of sale is made [and includes an undivided share, specified as a fraction or*

acuerdo con el contrato¹⁰¹⁸ y cosas indeterminadas¹⁰¹⁹. Dejo para la nota diversas precisiones. Estas dos categorías no coinciden, pues cosas existentes pueden ser específicas o indeterminadas, cosas futuras normalmente son cosas indeterminadas y cosas específicas normalmente son cosas existentes¹⁰²⁰.

Regla primera. «*Unless a different intention appears [...]* –dice el párrafo introductorio de la s. 18 SGA– *[w]here there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed*».

Se destaca que se trata de la regla que cristaliza en los s. XIV-XV¹⁰²¹. Aunque, como ya he explicado, parece que el concepto de la *deliverable state* se asienta en el caso *Rugg and Others v Minett and Others* y que lo trae Lord ELLENBOROUGH desde el *civil law*. El resultado de combinar esta regla con la sub-s. 20(1) SGA se considera insatisfactoria aunque solo lo sea en la teoría¹⁰²², pues parece haber una tendencia por parte de los tribunales a entender que la propiedad sobre cosas específicas solo se transmite con la entrega o el pago del

percentage, of goods identified and agreed on as aforesaid]». MERRETT, 2021, p. 1961, pone como ejemplo de estas segundas una participación de un cuarto en un caballo de carreras o el veinte por ciento de la carga de un determinado barco.

¹⁰¹⁸ No se definen en la SGA pero se entiende que la categoría de *ascertained goods* alude a cosas indeterminadas que, con posterioridad a la celebración del contrato, se identifican conforme al acuerdo de las partes. *Idem*.

¹⁰¹⁹ No las define la SGA. Pero el concepto incluye cosas futuras, excepto cosas identificadas y que el vendedor ha de adquirir [sub-s. 5(1) SGA], cosas genéricas, y cosas indeterminadas que forman parte de una determinada masa. *Idem*.

¹⁰²⁰ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 91; quien entienden que las cosas específicas pueden ser futuras (p. 98).

¹⁰²¹ *Ibidem*, p. 229.

¹⁰²² GULLIFER, 2000 (2014), p. 113.

precio. Así se pronuncia DIPLOCK en *R. V. Ward Ltd. v Bignall*, si bien el caso no concierne a la cuestión de la transmisión del riesgo¹⁰²³.

Respecto al contrato *unconditional*, suele ponerse como ejemplo que las partes no condicionen la transmisión de la propiedad al pago del precio¹⁰²⁴. Con base en la sub-s. 61(5) SGA¹⁰²⁵, se entiende que expresión «*goods in a deliverable state*» requiere que las cosas se encuentren en un estado físico en el que el comprador pueda recibir la entrega y en el que se ha acordado que debe recibirla¹⁰²⁶. En la siguiente regla aludo a casos en que se entiende que la cosa no se encuentra en tal estado.

Regla segunda. «*Unless a different intention appears [...] [w]here there is a contract for the sale of specific goods and the seller is bound to do something to the goods for the purpose of putting them into a deliverable state, the property does not pass until the thing is done and the buyer has notice that it has been done.*»

Como he explicado, la regla parece que procede del caso *Rugg and Others v Minett and Others*. Es una cuestión de interpretación del contrato saber si ese algo a mayores que debe hacer el vendedor se trata de obligaciones que condicionan la transmisión de la propiedad o de obligaciones suplementarias que no tienen este efecto¹⁰²⁷. Ya lo decía BLACKBURN¹⁰²⁸. Si es el comprador el que tiene que poner la cosa en *deliverable state*, no se aplica esta regla sino la s. 17 SGA¹⁰²⁹.

¹⁰²³ *R. V. Ward Ltd. v Bignall* (1967) QB 534 at 545: «*in modern times very little is needed to give rise to the inference that the property in specific goods is to pass only on delivery or payment.*».

¹⁰²⁴ MERRETT, 2021, p. 2010

¹⁰²⁵ Sub-s. 61(5): «*Goods are in a deliverable state within the meaning of this Act when they are in such a state that the buyer would under the contract be bound to take delivery of them.*».

¹⁰²⁶ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 234.

¹⁰²⁷ WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 65.

¹⁰²⁸ BLACKBURN, 1885, p. 174.

¹⁰²⁹ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 237.

La regla es aplicada en el caso *Underwood Ltd v Burgh Castle Brick and Cement Syndicate*. Se trata de la compraventa de una máquina que está adosada al local del vendedor y que debe ser entregada *free on rail* (FOR) en Londres. Tiene que ser separada del local y desmantelada antes de poder ser entregada. Cuando se está cargando en el vagón, una parte de la máquina se rompe por accidente. El tribunal, con base en la s. 17 y la presente regla, considera que la propiedad no se puede transmitir en el momento del accidente y que la máquina está a riesgo del vendedor porque en el momento del contrato la cosa no se encontraba en un *deliverable state*¹⁰³⁰. Quizás no hubiese sido necesario recurrir a esta regla en el presente caso¹⁰³¹.

También se apela al concepto de la *deliverable state* en *Philip Head & Sons Ltd v Showfronts Ltd*: la empresa compradora adquiere moqueta de los demandantes que es entregada en la sala de exposiciones donde va a ser colocada, los subcontratistas del vendedor se llevan la moqueta para ser cosida, la devuelven al día siguiente en pesados fardos y es robada. Se decide que la alfombra en fardos no se encuentra en *deliverable state* con base en la regla quinta de la s. 18 SGA y, en consecuencia, que la propiedad sigue siendo del vendedor y que el comprador no debe el precio¹⁰³². No se aplica la presente regla sino la quinta, pues en el momento de celebrar el contrato la cosa no es específica sino de género.

Como se puede observar, son casos en que no se realizan razonamientos semejantes a los de ELLENBOROUGH en el caso *Rugg and Others v Minett and Others*.

¹⁰³⁰ *Underwood Ltd v Burgh Castle Brick and Cement Syndicate* [1922] 1 K.B. 343 at 347. Dice BANKES (345) «A “deliverable state” does not depend upon the mere completeness of the subject matter in all its parts. It depends on the actual state of the goods at the date of the contract and the state in which they are to be delivered by the terms of the contract».

¹⁰³¹ De esta opinión, BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 237 pues la cuestión ya está decidida por las partes al celebrar la compraventa FOR.

¹⁰³² *Philip Head & Sons Ltd v Showfronts Ltd* [1970] 1 Lloyd's Rep. 140.

El término «*notice*» quiere decir que el comprador conozca que se ha completado el acto que estaba pendiente. No se requiere que el vendedor de aviso al comprador, siendo suficiente que este tenga conocimiento sea cual fuere la fuente¹⁰³³.

Regla tercera. «*Unless a different intention appears [...] [w]here Where there is a contract for the sale of specific goods in a deliverable state but the seller is bound to weigh, measure, test, or do some other act or thing with reference to the goods for the purpose of ascertaining the price, the property does not pass until the act or thing is done and the buyer has notice that it has been done*».

Se dice que la regla se construye para casos en que la compraventa recae sobre cosas específicas cuyo precio depende de su exacta y *desconocida* cantidad o calidad¹⁰³⁴. Es el vendedor quien ha de realizar las actuaciones de pesaje, numeración o medida y no el comprador o un tercero; caso en el que habría que estar a la intención de las partes y, por lo tanto, aplicar la s. 17 y en su caso la regla primera de la s. 18 SGA¹⁰³⁵. Solo se puede aplicar la regla cuando el propósito de la realización de tales operaciones es la determinación del precio¹⁰³⁶. Tampoco se aplicaría esta regla si se acuerda un precio a tanto alzado o si el precio por unidad y el peso o medida total de las cosas ya se conoce¹⁰³⁷.

BLACKBURN señala que la regla fue apresuradamente tomada del *civil law*. En primer lugar, se pregunta por qué se deben considerar necesarias tales actuaciones para que se pueda transmitir la propiedad al comprador cuando, en realidad, se debe entender que la realización de estas beneficia al comprador. Del mismo modo, critica la regla en

¹⁰³³ WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 66.

¹⁰³⁴ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 238.

¹⁰³⁵ WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 67.

¹⁰³⁶ *Idem*.

¹⁰³⁷ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 239.

la medida en que el Derecho inglés no concede particular importancia al carácter cierto del precio¹⁰³⁸.

Lo estudio con detenimiento posteriormente¹⁰³⁹, pero, si las cosas se miran despacio, lo cierto es que en esa modalidad de la antigua compraventa *ad mensuram* en la que el objeto del contrato recae sobre un determinado conjunto de cosas –cosa específica– con precio a tanto el peso, número o medida, tales operaciones no están encaminadas *sin más* a determinar el precio, sino que buscan poner la cosa a disposición del comprador para su sustracción. Así se mantienen en Derecho español y, hasta tal momento, no se transmite el riesgo al comprador. Los sistemas francés y el inglés, al vincular el riesgo a la transmisión de la propiedad, no tienen impedimento para adelantar esa transmisión del riesgo a un momento anterior a la realización de las operaciones porque al derecho de propiedad le basta la mera existencia de la cosa.

Sea como fuere, se señala con extrañeza esa supuesta necesidad de determinar el precio y que, por lo tanto, ha de ser fácilmente rebatible que hasta ese momento no se transmite la propiedad¹⁰⁴⁰. En el caso *Martineau v Kitching*, COCKBURN considera que no hay duda de que la propiedad se ha transmitido desde un primer momento, aunque el precio se ha fijado de forma provisional¹⁰⁴¹. No obstante, ya he explicado que en ese caso la transmisión del riesgo no se produce desde la conclusión del contrato.

Regla cuarta. «*Unless a different intention appears [...] [w]hen goods are delivered to the buyer on approval or on sale or return or other similar terms the property in the goods passes to the buyer: (a) when he signifies his approval or acceptance to the seller or does any other act adopting the transaction; (b) if he does not signify his approval or*

¹⁰³⁸ BLACKBURN, 1885, p. 176.

¹⁰³⁹ *Vid.* Capítulo 3, II, 2, A).

¹⁰⁴⁰ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 240; WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 66.

¹⁰⁴¹ *Martineau v Kitching* (1871-72) LR 7 QB 436 at 450-451.

acceptance to the seller but retains the goods without giving notice of rejection, then, if a time has been fixed for the return of the goods, on the expiration of that time, and, if no time has been fixed, on the expiration of a reasonable time».

En el caso de *delivery on approval*, se entiende que el comprador adquiere las cosas cuando las aprueba –puede rechazarlas por otras razones distintas a un eventual incumplimiento– y en la *delivery on sale or return* se le concede al futuro comprador la opción de concluir o no el contrato de compraventa¹⁰⁴². Por lo tanto, se considera que esta regla reafirma la primera: la propiedad se transmite una vez que el contrato se concluye¹⁰⁴³, es decir, cuando el comprador confirma la compra de las cosas –las aprueba o las acepta–, o puede asumirse que la confirma –«asume» la transacción¹⁰⁴⁴ o, sin manifestar su parecer, retiene las cosas tras la expiración del plazo fijado, o de un plazo razonable¹⁰⁴⁵, para su restitución–. Durante el tiempo en que el posible comprador posee las cosas, las conserva como un depositario (*bailee*) y responde por la pérdida o deterioro que se derive de su falta de diligencia (*care*)¹⁰⁴⁶.

GULLIFER considera satisfactoria la solución del precepto en cuanto a la cuestión de la transmisión del riesgo. En la medida en que ambas partes tienen en mente la posibilidad de que el comprador puede rechazar las cosas por razones distintas a un incumplimiento del contrato por parte del vendedor, lo normal será que el comprador no asegure la cosa¹⁰⁴⁷. En el caso *Elphick v Barnes*, se entrega un caballo *on sale or return*, se concede un plazo de ocho días para su prueba y se estipula que se ha de restituir una vez que expira este plazo si no es del gusto del comprador. El caballo muere a los tres días sin *fault* por

¹⁰⁴² BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 52, 240-241 y 247.

¹⁰⁴³ WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 67.

¹⁰⁴⁴ Los autores citados explican que la expresión «*adopting the transaction*» alude a casos en que el comprador vende o compromete la cosa con un tercero.

¹⁰⁴⁵ S. 59 SGA: «*the question what is a reasonable time is a question of fact*».

¹⁰⁴⁶ GULLIFER, 2000 (2014), p. 122.

¹⁰⁴⁷ *Idem*.

parte del comprador y se decide que el riesgo es del vendedor y que no puede exigir el precio¹⁰⁴⁸.

Por supuesto, las partes pueden acordar otra cosa y configurar el contrato de forma que la propiedad pase inmediatamente al comprador con la entrega quien, en caso de no aprobar la cosa, puede restituirla. En tal caso se considera el contrato sometido a una *condition subsequent* y ello tendría incidencia en la cuestión del riesgo: lo soportaría el comprador.

En el caso *Head v Tattersall*, el comprador adquiere en una subasta un caballo que, según el catálogo, procede de las cacerías de Bisceter y del Duque de Grafton. El contrato contiene una cláusula conforme a la cual, si el caballo no responde a la descripción, se puede restituir antes de las cinco de la tarde del miércoles siguiente; con posterioridad a tal fecha, el comprador ha de quedarse el lote con sus posibles defectos («*faults*»). Resulta que el caballo no estuvo en tales cacerías y, antes de su restitución en plazo, sufre unas heridas que deprecian su valor pero se considera que comprador *is not in fault* («*no neglect or default on his part*» o «*a cause beyond his control*» se dice en distintos párrafos de la sentencia). KELLY y BRAMWELL razonan que tal suceso no impide al comprador rechazar el caballo que no se corresponde con la descripción¹⁰⁴⁹. Pero CLEASBY añade un razonamiento al que otorga carácter general y conforme al cual tal riesgo debe corresponder al propietario. Pero dado que en el presente caso la propiedad va a retornar al vendedor, entiende que este ha de soportar el riesgo porque es la persona que *eventualmente* tiene derecho a la propiedad¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ *Elphick v Barnes* (1880) 5 CPD 321.

¹⁰⁴⁹ *Head v Tattersall* (1871) LR 7 Ex 7 at 11 and 13.

¹⁰⁵⁰ *Head v Tattersall* (1871) LR 7 Ex 7 at 13-14: «*As a general rule, damage from the depreciation of a chattel ought to fall on the person who is the owner of it. Now here the effect of the contract was to vest the property in the buyer subject to a right of rescission in a particular event when it would revert in the seller. I think in such a case that the person who is eventually entitled to the property in the chattel ought to bear any loss arising from any depreciation in its value caused by an accident for which nobody is in fault. Here the defendant is the person in whom the property is revested, and he must therefore bear the loss*».

El razonamiento de CLEASBY se ha considerado excesivamente genérico y se ha querido matizar para los casos de los riesgos en la restitución derivada de incumplimiento¹⁰⁵¹. No puedo pararme aquí sobre estas cuestiones¹⁰⁵² sino tan solo señalar, en relación con lo que ahora estamos estudiando, lo siguiente: se entiende que la argumentación de CLEASBY no se puede extender a situaciones en las que el comprador, que adquiere inmediatamente la propiedad, puede restituir las cosas en virtud del contrato aunque el vendedor no lo haya incumplido. En estos casos, se debe entender que la voluntad de las partes es que el comprador asuma el riesgo hasta la restitución de las cosas¹⁰⁵³.

Regla quinta. La última regla de la s. 18 SGA está compuesta por 4 sub-reglas dedicadas a las cosas indeterminadas. Yo me detendré brevemente en las dos primeras sub-reglas.

Antes de nada, hay que señalar que la s. 16 SGA dispone que no es posible transmitir la propiedad sobre cosas indeterminadas «a menos que y hasta» que se produzca su determinación¹⁰⁵⁴. Se recalca que esta previsión no quiere decir que la propiedad se transmita en el momento de la determinación de las cosas, pues en todo caso, hay que estar a la voluntad de las partes¹⁰⁵⁵.

Las cuatro sub-reglas vienen a determinar en distintos supuestos cuándo cabe considerar que las cosas ya determinadas han sido adscritas (*appropriated*) al contrato y, en consecuencia, se transmite la propiedad y el riesgo.

¹⁰⁵¹ Vid. alguna indicación en BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 652-654.

¹⁰⁵² Vid. Capítulo 5, II, 2, C).

¹⁰⁵³ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 332.

¹⁰⁵⁴ S. 16 SGA: «Where there is a contract for the sale of unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained».

¹⁰⁵⁵ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 249; MERRETT, 2021, p. 2008. También WORTHINGTON, 2000 (2014), p. 67, que razona: «What this section does is impose a pre-condition which marks the earliest time at which property can pass, regardless of the intention of the parties».

La sub-regla primera dice: «*Unless a different intention appears [...] [w]here there is a contract for the sale of unascertained or future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract, either by the seller with the assent of the buyer or by the buyer with the assent of the seller, the property in the goods then passes to the buyer; and the assent may be express or implied, and may be given either before or after the appropriation is made*».

La sub-regla segunda matiza otros casos en que cabe entender realizada la *appropriation*: «*Where, in pursuance of the contract, the seller delivers the goods to the buyer or to a carrier or other bailee or custodier (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer, and does not reserve the right of disposal, he is to be taken to have unconditionally appropriated the goods to the contract*».

Respecto a la sub-regla primera, se destaca que la SGA no establece cómo se produce la especificación de las cosas indeterminadas. Se baraja la separación de las cosas del conjunto, su identificación según el acuerdo de las partes, la adición de marcas y señales o su empaquetado, etc.¹⁰⁵⁶ Pero lo que mayores problemas causa es determinar cuándo se produce la adscripción de dichas cosas al contrato; adscripción que, por un lado, ha de ser incondicional (*unconditional appropriation*) y, por otro, requiere el asentimiento de ambas partes y que puede ser expreso o implícito y previo o posterior a la realización de la adscripción.

Se dice que la apropiación es incondicional cuando las cosas se adscriben irrevocablemente al contrato en cuestión; fórmula que nos resulta conocida en atención a lo ya explicado al Ccom de 1885 español y se torna vaga en exceso. Sea como fuere, se procede a un escrutinio de los distintos casos existentes para ver cuando la

¹⁰⁵⁶ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 250-251.

adscripción es irrevocable y mutuamente aceptada. Será usual que se trate de una encomienda del vendedor; pero no será suficiente seleccionar las cosas que pretende entregar para que se transmita la propiedad y el riesgo, pues acaso puede revocar dicha elección. Se baraja la posibilidad de que el vendedor informe al comprador de que las cosas están listas para su recogida y si comprador asiente a ir a buscarlas, tal será la adscripción de las cosas al contrato. Y tal asentimiento puede ser de palabra o por conducta implícita o silencio.

En las compraventas con cláusulas «ex works», «ex factory», «ex warehouse», «ex store» u otros términos similares, también se aprecia cierta incertidumbre en cuanto al momento en que la propiedad se transmite. En algunos casos se considera que tiene lugar la transmisión cuando las cosas han sido adscritas al contrato por el vendedor y puestas a disposición del comprador en el lugar designado siempre que se le haya dado aviso con tiempo razonable respecto al momento en que las cosas estarán a su disposición. Pero hay casos en que se entiende que hasta el asentimiento posterior del comprador o incluso hasta la entrega, la transmisión no se produce. Mucho más dificultoso se plantea el caso de que el asentimiento haya sido concedido previamente por el comprador y de forma implícita.

Acaso facilita el análisis de la adscripción de las cosas al contrato la sub-regla segunda, al prever que tiene lugar en el momento de la entrega al comprador, al transportista o tercero depositario («*other bailee or custodier*»). Habrá casos en los que las cosas ya se encuentren en el momento de la conclusión del contrato en los almacenes del tercero y se entiende que no tiene lugar la transmisión de la propiedad que hasta que este reconozca (*attornment*) que guarda las cosas para él. Si el comprador recibe una mera orden de entrega (*delivery order*) sin dicho reconocimiento, no habrá transmisión de la propiedad.

Del mismo modo, es posible que la adscripción que contempla la sub-regla sea condicional. Por ejemplo, si el vendedor se reserva su derecho a disponer las cosas hasta el momento del pago, la propiedad

no se transmite. Tal derecho se regula en la s. 19 SGA con una mención particular a la reserva de tal derecho en las compraventas con transporte marítimo; ámbito en el que el recurso a las cláusulas fob o cif muestran la práctica de que la propiedad no se transmite al comprador hasta el intercambio del documento relevante por el pago del precio o su garantía¹⁰⁵⁷.

La mención de las anteriores cláusulas ya llama la atención sobre la posible y habitual disociación entre la transmisión de la propiedad y del riesgo. Si aquella requiere que las cosas hayan sido especificadas (s. 16 SGA), esta no por necesidad. Habrá casos en que el que se transmite el riesgo al comprador respecto de cosas todavía no separadas de una masa mientras que la propiedad, como consecuencia, permanece en el vendedor.

En el caso *Sterns Ltd v Vickers Ltd*, el comprador adquiere del vendedor ciento veinte mil galones de alcohol que forman parte de un conjunto de doscientos mil que se encuentran almacenados en un tanque que pertenece a una tercera empresa. El vendedor provee al comprador de una orden de entrega (*delivery warrant*) por la que el almacenista se compromete a entregar la cantidad adquirida a la orden del comprador. El comprador endosa la orden de entrega a un subadquirente que no desea retirar en ese momento la mercancía y acuerda con la empresa alargar su almacenaje. Después de un tiempo, pero antes de que el alcohol comprador fuese separado de la masa (*bulk*), su calidad se ve deteriorada. Se decide que, independientemente de que la propiedad haya sido transmitida o no, el riesgo se transmite a los primeros compradores en el momento de la aceptación de la orden de entrega. Dice SCRUTTON: «*The vendors ha[s] done all that they undertook to do*»; se ha transmitido un *undivided interest* sobre las mercaderías¹⁰⁵⁸. Se destaca en este caso el

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, p. 255-275, con detalle sobre todas estas cuestiones.

¹⁰⁵⁸ *Sterns Ltd v Vickers Ltd* [1923] 1 KB 78 at 85. Prosigue su argumentación: «*The purchasers had the right to go to the storage company and demand delivery, and if they had done so at the time they would have got all that the defendants had undertaken to sell them. What the purchasers here are trying to do is to put the risk after acceptance of the warrant*

reconocimiento del tercero almacenista de que guarda las cosas para el comprador; reconocimiento sin el cual no se habría producido la transmisión del riesgo. No obstante, también se opina que el comprador que, con una orden de entrega, no procede en un tiempo razonable a obtener el reconocimiento del tercero, ha de soportar el riesgo¹⁰⁵⁹.

Respecto a los contratos de compraventa que implican transporte [sub-s. 32(1) SGA¹⁰⁶⁰], en principio, riesgo y propiedad sobre cosas especificadas se transmiten con la entrega al transportista. Pero como indicaba unas líneas más arriba, se han desarrollado reglas especiales para las compraventas marítimas. En las compraventas con cláusula fob, el riesgo con relación al género que forma parte de una masa mayor corresponde al comprador en el momento del embarque. Y en las compraventas cif, aunque la propiedad normalmente se transmite con la entrega del conocimiento de embarque, el riesgo se transmite con el embarque de las mercaderías o retrospectivamente desde el embarque si la compraventa se celebra con posterioridad a este¹⁰⁶¹. Se considera que el vendedor garantiza (*implied term*) que la mercancía ha de ser enviada en tales condiciones que pueda aguantar (*endure*) un viaje normal y que en destino será apta para el uso ordinario al que están destinadas. Ello no significa que el vendedor garantice su estado

upon persons who had then no control over the goods, for it seems plain that after acceptance of that warrant the vendors would have had no right to go to the storage company and request them to refuse delivery to the purchasers».

¹⁰⁵⁹ BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 328-329. La cuestión de la transmisión de la propiedad y del riesgo respecto de las mercaderías que forman parte de una masa mayor es compleja. Respecto a la primera, la s. 20A SGA establece ciertas disposiciones para entenderla realizada y considerar al comprador como *owner in common of the bulk*. Respecto a la segunda, se plantea la dificultad de que el riesgo afecte a una parte de conjunto que haya podido ser vendido en todo o en parte a distintos compradores. Los autores citados plantean repartos del riesgo a prorrata (pp. 329-331). *Vid.* también las explicaciones de GULLIFER, 2000 (2014), pp. 113-118.

¹⁰⁶⁰ Sub-s. 32(1) SGA: «*Where, in pursuance of a contract of sale, the seller is authorised or required to send the goods to the buyer, delivery of the goods to a carrier (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer is prima facie deemed to be a delivery of the goods to the buyer*».

¹⁰⁶¹ Esta segunda modalidad de contrato se trata de la compraventa de mercaderías en tránsito a la que le dedico particular estudio al analizar el art. 68 CVCIM. *Vid.* Capítulo 4, II, 4.

en destino y extraordinarios deterioros debidos a condiciones anormales durante el tránsito, sino que la garantía atiende a su estado en el momento de la entrega al transportista y su capacidad para sobrevivir a un tránsito normal; de ahí que se haya dicho que sí sería responsable de un necesario e inevitable deterioro durante el transporte que no las haga aptas para su comercio. No obstante, la sub-s. 33(1) SGA, atribuye al comprador el riesgo del deterioro necesario derivado del transporte. Aunque la norma se refiere a casos en que el vendedor asume el riesgo del transporte (cláusulas *ex ship* o *arrival contracts*), parece probable que se pueda extender a casos en que, de aplicarse las normas generales sobre la transmisión del riesgo, él soporta el riesgo durante el transporte.

Importante es también la previsión de la sub-s. 32(3) SGA relativa a la obligación del vendedor de proveer al comprador la información necesaria para que este puede contratar un seguro que cubra las mercancías en tránsito; obligación cuyo incumplimiento, según se entiende de la letra de la norma, haría pechar al vendedor con todo el riesgo del transporte y no solo aquel riesgo que podría haber sido cubierto con un seguro si hubiese proveído al comprador de la información necesaria¹⁰⁶².

En fin, nos encontramos ante una riqueza de soluciones y posibilidades resultado del contexto comercial que supera con creces a aquel al que atiende el codificador español del siglo XIX. Las anteriores son unas pocas anotaciones que volverán a aparecer en la segunda parte de la presente investigación. Sea como fuere, en aquellos supuestos de compraventa de ejecución en la plaza del vendedor en las que el comprador ha de desplazarse para recoger la cosa [sub-s. 29(2) SGA]¹⁰⁶³, la reflexión que realiza el legislador

¹⁰⁶² BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 333-337.

¹⁰⁶³ Señala MERRETT, 2021, p. 2054, que aunque se presente como la regla básica que es el comprador el que debe ir a recoger la cosa (*«to collect»*), en realidad es frecuentemente desplazada en atención a la realidad de la compraventa con transporte. Dicen BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 446-447, que la SGA es consistente con la regla del *common law* que se establece antes de la SGA de 1893.

inglés es la misma que la del legislador español o francés. Dice la sub-s. 20(3) SGA en sede de transmisión del riesgo: «*Nothing in this section affects the duties or liabilities of either seller or buyer as a bailee or custodian of the goods of the other party*». En la medida en que la propiedad se transmite al comprador pero el vendedor continúa con la posesión de la cosa, lo hace como depositario (*bailee*) hasta el momento de la entrega; «*the seller must take reasonable care of the goods according to the circumstances of the particular case*». Y superado el momento previsto para la entrega, deberá seguir adoptando las medidas razonables para la conservación de la cosa e incluso otras actuaciones razonables, como celebrar otro contrato y disponer de las mercaderías¹⁰⁶⁴.

Como decía unas líneas más arriba, señala TREITEL que las normas sobre transmisión del riesgo de la SGA no han recibido particular crítica: la regla primera de la s. 18 SGA será fácilmente rebatida por la evidencia de una intención contraria de las partes a la inmediata transmisión de la propiedad desde la conclusión del contrato y en las compraventas con transporte, riesgo y propiedad se transmiten normalmente en momentos diferentes; resultado adecuado desde un punto de vista comercial¹⁰⁶⁵.

GULLIFER, en cambio, si cree que se ha de desligar la cuestión del riesgo de la propiedad; aunque reconoce que se trata de una crítica contra aspectos teóricos más que contra indeseables resultados prácticos ya que los tribunales se muestran dispuestos a sostener que las partes han acordado desvincular la transmisión del riesgo de la propiedad cuando es razonable hacerlo así. A su entender, se debe vincular la cuestión del riesgo a la posesión.

En primer lugar, porque es más razonable que el contratante que posee las cosas (las tiene bajo su control) sea quien deba asegurarlas; está en mejor posición para proveer de información a la compañía

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, 2021, pp. 333-337.

¹⁰⁶⁵ TREITEL, 2014, 105.

aseguradora y para cumplir eventuales requisitos que esta le imponga como condiciones de seguridad y almacenamiento. En segundo lugar, porque ello se ajusta con naturalidad con las expectativas de los contratantes en un contexto comercial, pues la práctica suele vincular la cuestión del riesgo a la posesión antes que a la propiedad. En tercer lugar, porque el pago del precio y la entrega son obligaciones de cumplimiento simultáneo y tiene sentido que el riesgo, que después de todo significa que el comprador pague el precio a pesar de la pérdida y deterioro de las cosas, se atribuya al comprador cuando la obligación de pago del precio es exigible. Cuarto, puede haber dudas con relación al momento en que tiene lugar la transmisión de la propiedad mientras que no es probable que el comprador no sepa que esté tomando posesión de las cosas incluso en casos de *constructive delivery*¹⁰⁶⁶.

Por supuesto, no son argumentos exentos de críticas: el concepto de la posesión presenta excesiva abstracción como el de la propiedad, la propuesta no acoge los casos de transporte, donde difícilmente puede hablarse de posesión por parte del comprador que asume el riesgo desde el envío¹⁰⁶⁷, y el argumento del seguro, aunque me parece de peso y coherente con la realidad comercial, tampoco es decisivo porque creo no hay que dar por supuesto que en toda compraventa sea razonable o esperable que el objeto del contrato sea asegurado por el vendedor o el comprador.

Recuerdo que al profesor BEALE tampoco le resultaba convincente vincular la transmisión del riesgo con la propiedad: que un sistema promueva la transmisión de la propiedad en el instante de la conclusión del contrato o en el momento más temprano posible es positivo, por ejemplo, para los supuestos en que el vendedor incurre en insolvencia. El comprador podrá reclamar la cosa con exclusión de otros acreedores, pagará el precio y los restantes acreedores del

¹⁰⁶⁶ GULLIFER, 2000 (2014), pp. 112-113.

¹⁰⁶⁷ Entiendo que ello no debe ser un problema para la autora, en la medida en que las reglas especiales en caso de compraventa con transporte ya se muestran satisfactorias.

vendedor no se verán perjudicados¹⁰⁶⁸. Pero para la cuestión de la transmisión del riesgo, según me decía, lo relevante es preguntarse qué parte contractual se encuentra en mejor situación para evitar el riesgo de pérdida y deterioro; qué parte contractual está mejor situada para asegurar el objeto del contrato. Acabo de dar mi parecer respecto al segundo criterio y, respecto al primero, habré que recordar que, cuando hablamos de riesgo, estamos hablando de sucesos que precisamente exceden al control de las partes del contrato. En fin, en nuestra conversación las ideas se dirigían hacia la posesión de la cosa y la entrega. Pero su advertencia fue clara: determinar qué es entregar se torna *algo* muy difícil.

¹⁰⁶⁸ Sobre estas cuestiones, BRIDGE, 2017, p. 370; BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 222.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA DISCIPLINA DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

I. INTRODUCCIÓN

En el *Capítulo 3* que ahora se presenta, realizo un análisis casuístico de distintas modalidades de compraventa con la intención de reflejar la aplicación de la puesta a disposición como criterio de la transmisión del riesgo al comprador; criterio a través del cual también es posible superar ciertas dificultades que se han apreciado en determinadas modalidades de compraventa. Del mismo modo, el estudio permite profundizar en la flexibilidad que presenta el fenómeno de la transmisión del riesgo: la cuestión no se reduce a pagar o no pagar el precio, el criterio definitivo tampoco es que la cosa sea o no específica y el sistema no se dirige inexorable a hacer pechar al comprador con el riesgo.

Particular atención se presta a la compraventa de cosas genéricas; análisis a través del cual se puede despejar muchas incógnitas o dudas relativas no solo al funcionamiento del antiguo expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa, sino a clásicas cuestiones discutidas como el momento de la especificación del género o su carácter unilateral o bilateral.

Se hace una particular comparación de las disposiciones del Código civil con sus semejantes del *Code civil français* y se destaca las diferentes interpretaciones o soluciones a las que se ha llegado en el país vecino debido a la vinculación de la disciplina de la transmisión del riesgo con la transmisión de la propiedad. Todo ello acompañado, cuando es necesario, de datos históricos que facilitan la comprensión de las normas analizadas.

También se describen ciertos supuestos en los que no hay espacio para aplicar la doctrina de la transmisión del riesgo en la medida en que «el riesgo» lo asume el vendedor hasta la entrega. Al respecto, se me antoja de particular interés la compraventa a término, así como particulares usos existentes en determinadas regiones de Galicia para la compraventa de cosechas de uva. Se trata de un ejemplo acaso sencillo en su esquema, pero vivo en la economía donde se despliega y que diluye la cuestión de la transmisión del riesgo en un ambiente de máxima cooperación entre los contratantes.

II. COMPRAVENTA DE COSAS GENÉRICAS

1. Género, fungibilidad y pesar, contar o medir

Género, fungibilidad y «pesar, contar o medir» son conceptos que apelan al carácter sustituible o intercambiable de una pluralidad de cosas, bienes, mercaderías o efectos¹⁰⁶⁹ a los que se atribuye una o más cualidades consideradas como comunes y sobre las que, precisamente, se construye dicha pluralidad. Por ello, cuando la prestación recae sobre una o más cosas pertenecientes al conjunto de referencia, se puede satisfacer el interés del acreedor con cualquiera o cualesquiera de las que lo integran¹⁰⁷⁰.

Señala DE COSSÍO Y CORRAL que el género no se encuentra en la naturaleza como tal, donde solo existen objetos individuales¹⁰⁷¹. Se trataría de un concepto lógico y mentalmente construido que reúne diferentes objetos con notas comunes y los aísla en el plano del pensamiento¹⁰⁷². Considera que no es posible hablar propiamente de

¹⁰⁶⁹ Terminología que encontramos en el Código civil y en el Código de comercio.

¹⁰⁷⁰ Lo cierto es que la obligación genérica tiene gran importancia para la vida económica a pesar de que los códigos decimonónicos suelen tomar como referencia en su regulación la obligación que recae sobre cosa específica. Así lo destaca, respecto al BGB, LOOSCHELDERS, 2021, p. 194.

¹⁰⁷¹ Apunta el autor que en la naturaleza nunca encontramos «el caballo», sino «este caballo» o «aquel caballo» individual.

¹⁰⁷² CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 106, siguiendo a Von Thur, señala que la distinción entre obligaciones genéricas y específicas no responde a la naturaleza objetiva de las cosas.

compraventa de cosas genéricas, por mucho que el uso autorice la expresión. Sería más correcto hablar de compraventa genérica¹⁰⁷³; contrato en el que su objeto no se designa directamente, como ocurre en la compraventa de cosa específica, sino señalando su género. Y para que exista una compraventa genérica, continúa el autor, es preciso que los posibles objetos presenten cierta nota de fungibilidad, es decir, que al comprador le resulte indiferente la entrega de una u otra cosa¹⁰⁷⁴ porque, como apunté más arriba, en la medida en que procedan del género convenido, la distinción entre las mismas es irrelevante.

Pero DE COSSÍO Y CORRAL sostiene que lo anterior no significa que los conceptos de «cosa genérica» y «cosa fungible» coincidan exactamente¹⁰⁷⁵. Más bien, opina, son fungibles aquellas cosas que, además de genéricas, *pondere, numero, mensura constant* —es decir, que se pesan, cuentan o miden—; «lo que las convierte en una especie particular dentro del concepto más amplio de cosas genéricas (muchas de las cuales no son susceptibles de peso, número, ni medida)»¹⁰⁷⁶. Yo me pregunto cuáles son esas cosas no susceptibles de ser pesadas, contadas o medidas. Sea como fuere, el autor prosigue con su argumentación y apunta que es posible que cosas en sí fungibles sean vendidas como específicas sin que pierdan el carácter de fungibles.

También GROSSO, 1966, p. 232, apunta que el género no responde a un modo particular de ser las cosas. No se puede hacer una distinción general entre cosas con características genéricas (es decir, comunes a una categoría) y cosas con características individuales. De acuerdo con este parecer, FENOY PICÓN, 1996, p. 26, quien señala no obstante que el empleo de tal terminología (cosa específica y cosa genérica) es un uso admitido que, además suele facilitar la exposición.

¹⁰⁷³ La precisión del autor es útil, al menos, desde un punto de vista de didáctico. Pero, no sin razón, se ha señalado, por un lado, que en la obligación genérica lo que se concentra no es la propia obligación sino el objeto de la prestación (LARENZ, 1958, p. 164) y, por otro, que la expresión «obligación genérica limitada» no es completamente correcta porque lo «delimitado» se refiere únicamente al género y no a la obligación (ENNECCERUS, 1933, p. 34).

¹⁰⁷⁴ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 611-612.

¹⁰⁷⁵ También, ENNECCERUS, 1933, p. 30; LARENZ, 1958, p. 162; HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 135; PUIG BRUTAU, 1988, p. 215; LOOSCHELDERS, 2021, p. 195.

¹⁰⁷⁶ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 612.

Tal sería el caso en el que se vende todo el trigo de un granero¹⁰⁷⁷. Y de la misma forma que se niega la equivalencia entre cosa genérica y fungible, también se rechaza la sinonimia entre cosa específica y no fungible o insustituible¹⁰⁷⁸. Estas últimas cosas –según se dice– también pueden ser objeto de obligaciones genéricas como sucede, por ejemplo, si se venden tantas pinturas de un determinado pintor¹⁰⁷⁹.

En estas explicaciones subyace la idea de que las notas distintivas del género vienen determinadas por la voluntad de las partes cuando constituyen la obligación genérica, mientras que el carácter fungible o sustituible de las cosas es una cualidad de estas objetivamente determinada por los usos de tráfico¹⁰⁸⁰. No obstante, como sugiere Díez-PICAZO, cabe emplear el criterio de la fungibilidad en su sentido más riguroso para hacer referencia sin más a la aptitud de las cosas para ser recíprocamente sustituidas unas por otras. Desde esta perspectiva, apunta el autor, «el carácter genérico de la obligación y fungibilidad son ideas perfectamente sinónimas»; sinonimia que responde a la función económica de las obligaciones genéricas en la medida en que son las partes quienes establecen lo que es genérico/fungible/sustituible de acuerdo con sus intereses. Lo decisivo va a ser siempre cómo las partes configuran la obligación genérica. La consideración que determinados bienes reciben por los usos del tráfico puede tener importancia, en su caso, como posible criterio de interpretación o integración de los pactos (arts. 1284 y 1287 Cc)¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ *Idem*.

¹⁰⁷⁸ Señala Díez-PICAZO, 2008a, p. 332, que el artículo 337 Cc parece confundir bienes fungibles y no fungibles con bienes consumibles y no consumibles. No obstante, acaso no se debe descartar el carácter polisémico del término «fungible». Según el Diccionario de la lengua española, bienes fungibles son «bienes muebles de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos y aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual calidad».

¹⁰⁷⁹ LARENZ, 1958, p. 162; LOOSCHELDERS, 2021, p. 195; CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 106, siguiendo a Von Thur.

¹⁰⁸⁰ Así describen y aceptan la diferencia ENNECCERUS, 1933, p. 30; ALBERTARIO, 1945, p. 242; LARENZ, 1958, p. 162; SOTO NIETO, 1965, p. 175; FENOY PICÓN, 1996, p. 28; LOOSCHELDERS, 2021, p. 195.

¹⁰⁸¹ Díez-PICAZO, 2008a, pp. 330-333.

Con base en lo anterior, considero que no existe impedimento alguno para afirmar que la letra del art. 1452.3 Cc, cuando se refiere a las operaciones de contar, pesar o medir las cosas fungibles a efectos de repartir el riesgo, da cabida al supuesto de compraventa genérica¹⁰⁸².

Ello no supone desconocer que el precepto sigue el «viejo esquema»¹⁰⁸³ que las fuentes fijaron para la compraventa de cosas que *pondere numero mensurave constant*; esa particular construcción romana arrastrada por la Historia hasta la Codificación bajo la forma de las compraventas *ad mensuram* (art. 1452.3 Cc) y *per aversionem* (art. 1452.2 Cc). Sin necesidad de adentrarnos en la discusión sobre si la Jurisprudencia romana conoce o no la compraventa genérica¹⁰⁸⁴, lo

¹⁰⁸² Tratan en esta sede la compraventa genérica BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 173-174; BORRELL Y SOLER, 1952, p. 88; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 60; ALBALADEJO GARCÍA, 1980b, p. 53; PUIG BRUTAU, 1982, p. 173; MOREU BALLONGA, 1985, *passim*; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1145; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 89, Expresamente en contra, SOTO NIETO, 1965, p. 177. Para el autor, el precepto está concebido solamente para la compraventa de cosa fungible *ad mensuram* y no puede extenderse a toda hipótesis de compraventa genérica.

¹⁰⁸³ Expresión de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 202.

¹⁰⁸⁴ Parte de la doctrina niega la existencia de la compraventa genérica en Roma. En su opinión, la antigua venta al contado, necesariamente de cosa específica en cuanto las partes se encontraban en un mismo mercado y se intercambiaban los objetos que tenían en el lugar, sigue dejando su impronta en la compraventa obligatoria romana. Pero estos autores no sólo achacan la ausencia de reconocimiento de la compraventa genérica al conservadurismo romano, sino que entienden que la propia estructura de la compraventa obligatoria impide su acomodo a aquélla. Así, para el comercio al por mayor, de vino por ejemplo, se acudiría a la *stipulatio*. En este sentido, JÖRS/KUNKEL, 1937, pp. 325-326; LONGO, 1944, p. 181; o ZIMMERMANN, 1996, pp. 238-240. Todos ellos siguiendo a Seckel/Levy. También ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 121-123. Otros, en cambio, consideran que los romanos sí conocen la compraventa genérica, cualquiera que sea el límite dentro del cual la reconocen, porque el elemento de determinación genérica que se maneja en las fuentes comprende tanto el *genus* puro como el limitado. Así reflexiona GROSSO, 1966, p. 259, con base en D. 18, 1, 35, 5 a 7 y D. 18, 6, 5. En este sentido se pronuncia con anterioridad CASAVOLA, 1954, p. 557. Para el autor, las fuentes muestran que los romanos conocen la *emptio venditio* consensual de cantidad, si bien señala que la ausencia en las fuentes de contratos de suministro para relaciones transmediterráneas de gran comercio y larga duración evidencia que, en la práctica, los romanos acuden a la *stipulatio* para este tipo de compraventas. Tampoco faltan posturas intermedias como la de VASSALLI, 1909, pp. 58-59. Para el autor, no se ha aportado suficientes razones para excluir que los romanos prevean la compra de género. No comprende por qué han de valerse siempre de la estipulación, la cual no puede ser usada más que entre presentes, una vez que se introducen el contrato de compraventa. Tampoco entiende por qué

que no se duda es que las fuentes ofrecen ejemplos de compraventas de cantidades de un género perteneciente a una masa concreta y determinada; esto es, supuestos de compraventa de género limitado¹⁰⁸⁵. Por eso están bien encaminados quienes apuntan que el art. 1452.3 Cc está pensando exclusivamente en las antiguas ventas *ad mensuram*, sin perjuicio de que su aplicación analógica a todo tipo de compraventa genérica sea razonable¹⁰⁸⁶. Y lo mismo se debe decir de quienes opinan que el art. 1585 *Code* –precepto parejo al 1452.3 Cc y que próximamente transcribiré– presupone que las mercaderías vendidas se encuentran designadas por su ubicación en un determinado lugar¹⁰⁸⁷.

Pero insisto en que este dato histórico, que facilita la comprensión del precepto tal y como se podrá comprobar, no impide entender que el art. 1452.3 Cc se refiere a toda compraventa genérica. Dos razones avalan esta postura. La primera ya la he explicado: hemos hecho converger género y fungibilidad en el carácter sustituible de las cosas. Además, aunque tradicionalmente se ha configurado la obligación de

un contrato consensual y de buena fe debe ser más rígido que un negocio formal y sujeto al *strictum ius*, de forma que se excluya en la compraventa lo que se admite en la estipulación. Incluso ZIMMERMANN, 1996, p. 238, contrario al reconocimiento de la compraventa genérica en Roma, sostiene que los juristas romanos mantienen lo que una vez fue una natural restricción de la compraventa al contado (esto es, que el objeto del contrato sea necesariamente específico) en un momento en el que es posible concebir y conceptualizar las compraventas genéricas.

¹⁰⁸⁵ JÖRS/KUNKEL, 1937, 325; LONGO, 1944, p. 181; TALAMANCA, 1993, pp. 457-458; FERCIA, 2007, p. 701.

¹⁰⁸⁶ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10243. CASTILLA BAREA, 2000, pp. 386-387, trata aquí directamente la compraventa genérica. SOTO NIETO, 1965, p. 177, considera que, en la hipótesis del precepto, las cosas objeto del contrato «han de extraerse de una cierta masa determinada (*individualizada*) de cosas; existe, como si dijéramos, una concreción o individualización en sentido amplio» (la cursiva es del autor). No obstante, como señalo en la nota a pie de página 1082, el autor niega la posibilidad de aplicar el precepto a supuestos de compraventa genérica. En este sentido, BADENES GASSET, 1995, p. 295.

¹⁰⁸⁷ Así DURANTON, 1846c, p. 113; quien pone el ejemplo del trigo de un determinado granero. BEUDANT, 1938, p. 116, señala que el precepto presupone que se trata de una compraventa sobre cosas a tomar de unos almacenes concretos. Según AUBRY/RAU, 1952, p. 22, parece que la hipótesis del art. 1585 *Code* es que el objeto del contrato recae sobre una determinada cantidad a tomar de otra mayor localizada en un lugar determinado. También GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 608.

género limitado como una variante de la obligación genérica¹⁰⁸⁸, parece razonable entender que aquella no es respecto de esta una modalidad especial sino tan solo una muestra de que la indeterminación de toda obligación genérica puede tener diverso alcance y consecuencias¹⁰⁸⁹.

En efecto, la máxima *genus numquam perit*, elaborada por los intérpretes de las fuentes¹⁰⁹⁰ y sustraída por la doctrina española mediante una lectura *a contrario sensu* del art. 1182 Cc¹⁰⁹¹, tiene un valor relativo¹⁰⁹² y es aplicable tanto a la obligación de género ilimitado como a la de género limitado. Lo único que sucede es que es más probable que la imposibilidad sobrevenida de cumplir se dé en esta que en aquella¹⁰⁹³; imposibilidad que se puede manifestar en cualquiera de sus variantes. A lo que aquí interesa, una vez que mediante la interpretación del contrato de compraventa genérica se

¹⁰⁸⁸ CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 110; quien apela a la doctrina alemana. En este sentido, LARENZ, 1958, p. 165, señala que «constituye una clase especial de obligación genérica *la obligación de entregar cosas de entre ciertas existencias o provisiones* (obligación genérica delimitada)» (la cursiva es del autor).

¹⁰⁸⁹ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 130; aunque, como indico en la nota a pie de página 1075, para el autor las ideas de género y fungibilidad no coinciden (p. 135). Señala ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 49, en nota a pie de página, que jurídicamente es obligación genérica tanto la genérica «normal» como la de género limitado. Para CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 352, no nos encontramos ante dos tipos de obligaciones diferentes. En la doctrina alemana, afirma ENNECCERUS, 1933, p. 34, que «el concepto de la obligación genérica no se destruye por la circunstancia de que las cosas que deban suministrarse hayan de salir de una *determina* gran cantidad» (la cursiva es del autor).

¹⁰⁹⁰ GROSSO, 1966, p. 257. En atención a aquellos pasajes alusivos a supuestos de compraventa de género limitado, ALBERTARIO, 1945, p. 248, señala que el aforismo *genus non perit* es falso en su formulación absoluta.

¹⁰⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 108; CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 293; Díez-PICAZO, 2008a, p. 336. Destaca HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 136 la ausencia en el Código civil de una ordenación directamente dirigida a las obligaciones genéricas.

¹⁰⁹² Se dice que el principio no tiene «valor de apotegma» (HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 137), ni de «dogma absoluto» (DÍEZ-PICAZO, 2008a, p. 336) o que su «rigidez [...] no puede sostenerse de un modo absoluto» (SOTO NIETO, 1965, p. 176).

¹⁰⁹³ CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 294 y 352. Ya lo decía de forma lacónica POTHIER, 1844a, p. 273: estas obligaciones son más o menos indeterminadas según que el género del cual se debe tomar la cosa sea más o menos general.

determine si se trata de una obligación de género ilimitado o limitado¹⁰⁹⁴, cabe barajar los siguientes escenarios:

En primer lugar, desde la perspectiva del riesgo de la prestación, no se puede afirmar en sentido técnico-jurídico que el riesgo lo soporte el vendedor, sino tan solo en un sentido económico. Si la imposibilidad – insisto, en cualquiera de sus variantes– afecta a aquel género con el que el vendedor pretende cumplir la obligación, en la medida en que siga habiendo más género disponible y suficiente, el vendedor sigue obligado a cumplir la prestación, aunque ello le resulte más oneroso; el comprador no soporta este riesgo. Se produce un ensanchamiento de la esfera de responsabilidad del deudor o, dicho con otras palabras, no tiene lugar el efecto liberatorio de la imposibilidad subsiguiente no imputable¹⁰⁹⁵. En segundo lugar, también desde la óptica del riesgo de la prestación, si la imposibilidad llega a afectar, en alguna medida, bien al género disponible para el cumplimiento, bien al género ya especificado –*rectius*, puesto a disposición– para el cumplimiento, dicho riesgo lo soporta el comprador¹⁰⁹⁶. En tercer lugar, desde la perspectiva del riesgo de la contraprestación y partiendo del supuesto anterior¹⁰⁹⁷, hay un momento con anterioridad al cual sí se puede afirmar que este riesgo lo soporta el vendedor¹⁰⁹⁸ –*periculum est*

¹⁰⁹⁴ Díez-PICAZO, 2008a, pp. 340-341, explica que, a estos efectos, no solo es decisiva la voluntad implícita de los contratantes sino también los usos. Sin perjuicio de que las circunstancias concretas del caso conduzcan a otra solución, opina el autor que, si el deudor es un fabricante, la obligación de entrega debe interpretarse limitada al género que derive de su propia producción. Pero si el deudor es un comerciante, no parece que haya razón para aceptar una implícita limitación del género a las existencias con las que el deudor cuenta en el momento en que asume la obligación.

¹⁰⁹⁵ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 137, reflexionando, en general, sobre cualquier deudor de obligación genérica. También ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 49. Con relación al contrato de compraventa en particular, CAFFARENA LAPORTA, 1982, pp. 293, 344-345.

¹⁰⁹⁶ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 49; quien plantea la cuestión desde la perspectiva de la imposibilidad total.

¹⁰⁹⁷ En efecto, mientras siga habiendo género con el que cumplir, solo se puede hablar de riesgo –del vendedor– en sentido económico, no jurídico: ni riesgo de la prestación, ni riesgo de la contraprestación.

¹⁰⁹⁸ Dado que la imposibilidad sobrevenida fortuita pueda darse en sus múltiples variantes, y no solo en su totalidad, si el riesgo de la contraprestación recae sobre el vendedor, la cuestión no puede reducirse a determinar si el comprador ha de pagar o no el precio por mucho que

venditoris– y con posterioridad al cual lo soporta el comprador – *periculum est emptoris*–. Se suele decir que dicho momento es el de la especificación¹⁰⁹⁹. Argumentaré que, en mi opinión, lo exacto es afirmar que tal instante es el de la puesta a disposición.

En atención a la mayor o menor ilimitación o limitación del género sobre el que recae la obligación del vendedor, han de aplicarse las anteriores directrices y la respuesta a la cuestión del riesgo de la contraprestación se encuentra para todo caso de compraventa genérica en el art. 1452.3 Cc. No concedamos trascendencia a un mero cambio terminológico en la redacción de este precepto para decir que, si el art. 1374 del Proyecto de 1851 empleaba el término «transferir» el riesgo al comprador y el art. 1452 Cc actual recurre al concepto de «imputar» el riesgo al comprador, ello refrenda la aplicación del artículo tanto a la compraventa de género limitado como la genérica pura, dado que en estas últimas no habría en verdad riesgo en sentido técnico que transferir antes de la especificación –*rectius*, la puesta a disposición–, sino un riesgo económico a soportar en todo caso por el vendedor; de ahí el correcto cambio del término «transferir» por el de «imputar»¹¹⁰⁰. En mi opinión, el legislador de 1889 se limita a estampar en el art. 1452.3 Cc todo el bagaje histórico atinente a la compraventa *ad mensuram*¹¹⁰¹ en una materia, la de la transmisión del riesgo, demasiado oscura como para plantear innovaciones. Tal y

tradicionalmente se plantee así. Veremos que en el ámbito del art. 1452 Cc, el «contar, pesar o medir» podían articular una reducción del precio.

¹⁰⁹⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1982, pp. 345, 353-354. SOTO NIETO, 1965, p. 176, también apela al momento de la individualización de las cosas a entregar cuando se refiere a la compraventa genérica; supuesto que el autor no subsume en el art. 1452.3 Cc.

¹¹⁰⁰ En cambio, CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 341, en nota a pie de página, presta atención a este dato. Según el autor, «en el precepto examinado no se dice que el riesgo sea del vendedor antes de la medida, ni que aquél se transfiera al comprador con ésta. Tan sólo se dice que no se imputará el riesgo al comprador antes de aquel momento»; de ahí que el cambio de redacción admita la compraventa genérica pura y la de género limitado. También, ABRIL CAMPOY, 2011, p. 14, en nota a pie de página, entiende que el art. 1452.3 Cc da cabida a ambos tipos de compraventa. En su opinión, la dicción actual del precepto es más certera y califica el cambio respecto a la redacción del Proyecto de 1851 como loable (p. 162).

¹¹⁰¹ Dice ALONSO PÉREZ, 1972, p. 315, que el art. 1452.3 Cc «es transcripción de las enseñanzas de los juristas romanos».

como he explicado, la manera en que se ha de entender el concepto de fungibilidad y el reconocimiento de que la obligación genérica pura y de género limitado no son técnicamente tipos distintos de obligación, son los datos que permiten encajar todo tipo de compraventa genérica en el art. 1452.3 Cc; precepto moldeado sobre una tipología de contrato, la compraventa *ad mensuram*, atinente por razones históricas a la comercialización de género limitado.

Dicho esto, he de advertir con inmediatez que la compraventa genérica no es el único supuesto que recoge el art. 1452.3 Cc. El precepto también regula la transmisión del riesgo en un caso de compraventa específica: la compraventa de la totalidad de un género limitado. La antigua compraventa *ad mensuram*, como explicaré en el siguiente apartado, acogía dos modalidades de contrato: compraventa de parte de un género limitado y compraventa de la totalidad de un género limitado.

Decae así la solidez del argumento *a contrario* que se saca de este art. 1452.3 Cc para afirmar que, si en el caso de una compraventa genérica el riesgo no se transmite hasta la especificación, en un caso de compraventa de cosa específica el riesgo se transmite desde la conclusión del contrato, precisamente, porque ya es determinada. El art. 1452.3 Cc, que enseguida transcribiré, evidencia que esto no es así; que es preciso *algo más*. En Derecho español, la especificación del objeto del contrato no es, sin más, dato decisivo para la transmisión del riesgo.

En fin, como decía unas líneas más arriba, los conceptos de género, fungibilidad y «pesar, contar o medir» apelan al carácter sustituible de una pluralidad de cosas; apelan, por tanto, al tratamiento de estas cosas en el seno de una obligación genérica y –a lo que aquí interesa– a su comercialización mediante una compraventa genérica. Pero *adpendere*, *adnumerare*, *admetiri* no son sin más medios de especificación de lo genérico pues, según dispone el art. 1452.3 Cc, también ha de pesarse, contarse o medirse lo que ya se considera específico –la totalidad de un género delimitado– para que se

transmita el riesgo. Recurriré de nuevo a normas contenidas en el Código de comercio para esclarecer la letra del art. 1452.3 Cc con apoyo en el concepto de la puesta a disposición.

2. Compraventa *ad mensuram*

A) Compraventa genérica y compraventa específica

Los códigos español y francés conservan, con mayor o menor claridad, los rasgos de las compraventas *ad mensuram* y *per aversionem*; dos vestigios históricos que en tiempos pretéritos se construyen para la comercialización de cosas delimitadas *pondere numero mensura*, es decir, cosas susceptibles de ser pesadas, contadas y medidas y procedentes de una determinada masa. El art. 1452.2 Cc regula la compraventa *per aversionem* y el art. 1452.3 Cc la compraventa *ad mensuram*. Con otro orden, el *Code* alude primero a la compraventa *ad mensuram* en el art. 1585 y dedica a la compraventa *per aversionem* su art. 1586.

Art. 1452.3 Cc:

«Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Art. 1585 *Code*:

«*Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement*».

En su configuración originaria, explica TALAMANCA, la compraventa *ad mensuram* presenta dos funciones. Cabe que las operaciones de

pesaje, numeración o medida del género –vino, aceite, trigo o plata, ejemplifican las fuentes– sean precisas para separar la cantidad vendida del conjunto del cual debe tomarse. El autor se refiere al presente como un caso de compraventa a medida de género limitado¹¹⁰². Se apela al momento de las operaciones especificadoras del *genus* como el de la perfección del contrato, de forma que antes de ese momento el riesgo lo soporta el vendedor y después el comprador. Se trata del instante en que quedan las cosas «dispuestas para proceder a su entrega inmediata»¹¹⁰³. Pero también es posible que el contrato recaiga sobre la totalidad de la partida. Se dice así que el contar, pesar o medir permiten conocer la exacta cantidad, ya de por sí individualizada, con el fin de determinar definitivamente el precio. TALAMANCA habla en este caso de compraventa a medida *di specie*, es decir, de cosa específica. De nuevo, se considera la *admensio* como el momento de la perfección del contrato a efectos de repartir el riesgo¹¹⁰⁴. Esta diferenciación la acoge POTHIER¹¹⁰⁵ aunque, en nuestra tradición jurídica, se ve diluida en disposiciones de nuestro Derecho histórico y en las explicaciones de los tratadistas de la época precodificadora¹¹⁰⁶.

No me cabe la menor duda de que ambas facetas de la compraventa *ad mensuram* recogidas en D. 18, 1, 35, 5-7¹¹⁰⁷ tienen cobijo en los

¹¹⁰² TALAMANCA, 1993, p. 457.

¹¹⁰³ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 206-208.

¹¹⁰⁴ TALAMANCA, 1993, p. 457.

¹¹⁰⁵ POTHIER, 1844b, pp. 191-192.

¹¹⁰⁶ En la Part. Quinta, Tít. V, Ley 24, que próximamente transcribiré, no se aprecia con claridad la diferencia entre ambos supuestos. Tampoco se aprecia en JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO / DE MANUÉL Y RODRIGUEZ, 1786, p. 208; GUTIÉRREZ, 1825, p. 421; GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, 1874, pp. 252-253; DOMINGO DE MORATÓ, 1877, p. 410. Parece que sí la contempla SALA, 1832, p. 259, cuando dice que en esta modalidad de compraventa el peligro es del vendedor antes de pesar, contar o medir las cosas, aunque las partes ya hayan convenido en el precio. También GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, pp. 308-310, en la medida en que, muy influenciado su discurso por Pothier, plantea eventuales solapamientos entre la compraventa *ad mensuram* y la compraventa *per aversionem*.

¹¹⁰⁷ D. 18, 1, 35, 5-7:

preceptos español¹¹⁰⁸ y francés¹¹⁰⁹, aunque el reiteradamente citado ALONSO PÉREZ elude el dato y estudia la compraventa *ad mensuram* en su modalidad de compraventa genérica, no específica¹¹¹⁰. Dicho esto, se aprecia una mayor claridad en la letra del art. 1585 *Code* que en la del art. 1452.3 Cc.

GAIUS libro decimo ad edictum provinciale 5 (...), modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumerata sint. (...) quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensa sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. 6 (...) si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. 7 Sed et si ex doliariorum pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

(5) (...); otras veces, aunque se hubiese convenido el precio, no se considera perfecta la venta más que si se miden, pesan o cuentan dichas cosas. (...) Pero si el vino fuese vendido a tanto por ánfora, el aceite a tanto por metreta, el trigo a tanto por modio y la plata a tanto la libra, surge la cuestión de cuándo se considera perfeccionada la compra; lo mismo ocurre respecto de las cosas que se cuentan individualmente si se estableció un precio por cada unidad. Sabino y Casio estiman que se perfecciona la compra cuando se numeran, se miden o se pesan, porque la venta parece realizada bajo esa condición, <para que recaiga sobre cada una de las ánforas> o de las metretas o modios que hubieses medido, o sobre las libras que hubieses pesado o los objetos singulares que hubieses contado. (6) (...); pero si se vende a cierto precio cada objeto singular, será lo mismo que acabamos de explicar. (7) Mas si se vendiese parte del vino de una bodega, por ejemplo, cien metretas, es muy verdadero (y parece que así consta) que todo el riesgo corresponde al vendedor, y no interesa si se estableció un solo precio para todas las cien metretas, de una vez, o por cada una de ellas. (*Gai. 10 ed. prov.*)

¹¹⁰⁸ CAFFARENA LAPORTA, 1982, pp. 341 y ss.; ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 160 y ss.

¹¹⁰⁹ DURANTON, 1846c, p. 114; BAUDRY-LANCANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 127-130.

¹¹¹⁰ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 206-209 y 314-317. SOTO NIETO, 1965, p. 171, en cambio, observa que en la hipótesis del precepto «ni las cosas han sido segregadas del “todo” que engloban, ni el precio total y definitivo es posible saberlo de antemano en todos aquellos contratos en los que se desconozca a priori la cantidad de cosas fungibles enajenadas». Pero el autor no detecta, o al menos ello no se deriva de sus explicaciones, que el art. 1452.3 Cc acoge un supuesto de compraventa específica.

El *Code* alude a las operaciones de pesar, contar o medir en general; lo cual acoge esas ideas de que dichas operaciones se encaminan ya a especificar el género, ya a determinar el precio. Pero el art. 1452.3 Cc parece, en una rápida lectura, requerir el pesar, contar o medir *tan solo* para determinar el precio; como si tales operaciones mirasen al precio y no a las cosas¹¹¹¹. Y tal percepción ha llevado a DE COSSÍO Y CORRAL a realizar una lectura del precepto, en mi opinión, equivocada.

Según este autor, el art. 1452.3 Cc regula *exclusivamente* la compraventa «con fijación del precio *ad mensuram*» en la que existiría una «perfecta individualización del objeto», pues la cosa está determinada desde un primer momento, mientras que el precio es solo determinable: todo el trigo de este granero a tanto la fanega, ejemplifica. Por ello, entiende que la emptio *ad mensuram* no es una compraventa genérica, sino específica. No sería posible su confusión y faltaría en el Código una norma especial que solucionase directamente el problema de la transmisión del riesgo en la compraventa genérica¹¹¹². Y a este respecto, DE COSSÍO Y CORRAL distingue la compraventa genérica propiamente dicha de aquella que recae sobre el género que forma parte «de una determinada masa». En su opinión esta segunda «guarda ciertas analogías» con la compraventa *ad mensuram* pero nada más; se diferencian sustancialmente, dice. La compraventa *ad mensuram* recae –insiste– sobre una cosa determinada y solo el precio es determinable mediante la medida. En la compraventa de cosas que forman parte de una masa mayor, el precio está determinado desde un principio y es el objeto el que debe ser determinado. Pero tampoco se trataría de una verdadera compraventa genérica, sino más bien una «especial figura que ofrece notable similitud con la venta alternativa»¹¹¹³.

¹¹¹¹ Así se expresa CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 142.

¹¹¹² DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 612-614.

¹¹¹³ *Ibidem*, p. 616.

Creo que no hay manera de sostener la tesis del autor. En primer lugar, se debe descartar de lleno el acercamiento que realiza entre la compraventa de género limitado y la alternativa en la medida en que aleja aquella de la compraventa genérica¹¹¹⁴. Toda compraventa que recaiga sobre género es propiamente genérica independientemente del grado de indeterminación del género. La aproximación entre la obligación genérica y alternativa puede tener sentido para esclarecer ciertos aspectos no precisados en la regulación de aquella, pero sí en la de esta, como la cuestión de quién realiza las operaciones de especificar el género; operaciones que guardan semejanzas con las de concentrar lo alternativo¹¹¹⁵. En segundo lugar, DE COSSÍO Y CORRAL desconoce que la compraventa *ad mensuram* se estructura no solo como compraventa específica de todo un género limitado, sino también como compraventa de género –en su día, limitado–. No es posible afirmar que no exista regulación de la transmisión del riesgo en nuestro Código civil para este último supuesto. Ya he explicado que tal regulación se encuentra en el art. 1452.3 Cc que, a día de hoy, acoge toda compraventa genérica.

No hace falta estirar más la crítica a las opiniones del autor. Más bien, y a pesar de no identificar correctamente el supuesto de hecho del precepto, habría que ponderar lo bien encaminadas que están sus reflexiones en cuanto al momento de la transmisión del riesgo; cavilaciones que prescinden de esa idea de que el riesgo se transmite *como norma* desde el momento de la conclusión del contrato o con la mera especificación de la cosa. En efecto, el autor sostiene que el art. 1452.3 Cc regula solo un supuesto de compraventa específica y, a pesar de ello, el riesgo no se transmite inmediatamente en el momento de la conclusión del contrato; el precepto exige contar, pesar o medir.

¹¹¹⁴ CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 352, insiste en que la obligación genérica y la de género limitado no son de naturaleza distinta. Y ello sin perjuicio de reconocer algunas diferencias referidas a los deberes accesorios del deudor como, por ejemplo, el deber de conservación de la cosa. Para el autor no es correcto asimilar la obligación de género limitado a otras especies como las obligaciones específicas o alternativas, ni tampoco configurarlas como una especie aparte. En su opinión, ello es «una visión superficial del problema».

¹¹¹⁵ *Vid.* Capítulo 3, V.

DE COSSÍO Y CORRAL da la siguiente explicación: el fundamento del precepto «parece ser más bien el de que, hasta que se haya determinado el precio, no existe obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador»¹¹¹⁶. El autor, ya he explicado en su momento, considera que el momento de la distribución del riesgo es el de la exigibilidad de la obligación de entrega; tesis enturbiada por las ideas de la dilación de la entrega y la correlación entre los frutos y el riesgo que introduce en su discurso¹¹¹⁷. Solo le faltaba dar un paso más para reconocer, sin más, que la transmisión del riesgo se produce en el momento de la puesta a disposición: llamamiento a la contraparte para el intercambio simultáneo de las contraprestaciones.

No obstante, MOREU BALLONGA considera las explicaciones del anterior autor equivocadas. A su entender, la razón de ser de la solución del precepto –la no atribución del riesgo al comprador hasta el pesaje, numeración o medida que fija el precio– es que el legislador presume, salvo que otra cosa resulte de la interpretación del negocio, que las partes consideran que la compraventa es genérica¹¹¹⁸. Poco añaden, a mi parecer, estas palabras a la exégesis del art. 1452.3 Cc; palabras que, más que una explicación, parecen una reiteración del contenido del precepto algo incorrecta e incompleta. Digo que es algo incorrecta porque el precepto no contiene ningún tipo de presunción como dice el autor, sino que establece una regla de distribución del riesgo. Además, es incompleta porque, si DE COSSÍO Y CORRAL ignora que el artículo estudiado acoge no solo una compraventa específica sino también genérica, el olvido de MOREU BALLONGA es justo el contrario.

¹¹¹⁶ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 616.

¹¹¹⁷ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

¹¹¹⁸ MOREU BALLONGA, 1985, p. 15. Para el autor, tales operaciones, además de determinar el precio, funcionarían «como un medio indirecto de fijación de la calidad y caracteres del género».

El precepto, en definitiva, regula la transmisión del riesgo en casos de compraventa genérica, ya sea género limitado o ilimitado, así como en un caso de compraventa específica que en su tiempo se configuró propiamente como una compraventa *ad mensuram*. Parte de la doctrina ha denominado erróneamente este supuesto como compraventa *per aversionem* con precio *ad mensuram*¹¹¹⁹. Y la equivocada denominación proviene de cierto confucionismo y solapamiento que se ha querido ver entre el art. 1452.2 Cc, relativo a la compraventa *per aversionem* y el art. 1452.3 Cc, alusivo a la compraventa *ad mensuram*. Lo explicaré con detenimiento en el siguiente apartado, pero conviene que adelante unas pocas ideas.

En la medida en que se constata que ambos apartados son susceptibles de acoger supuestos de compraventa específica –compraventa de todo un género limitado y ubicado en un determinado lugar– y el primero *parece* que atribuye el riesgo al comprador desde el momento de la conclusión del contrato mientras que en el segundo no es suficiente la mera conclusión del contrato sino que se requiere el *admetiri, adpendere, adnumerare*, la doctrina se pregunta por qué el legislador realiza esta diferenciación; cuestionamiento que deviene de esa atrayente y muy asentada idea de que la mera especificación de la cosa objeto de la obligación de entrega debería ser, conforme a una incontestada lógica supuestamente subyacente a las normas de la distribución del riesgo, suficiente para su transmisión al comprador. Y como dato decisivo para la diferenciación entre ambos supuestos, o bien se recurre a los antecedentes sobre los que descansa el precepto y a esa necesidad de conocer la exacta cantidad de la totalidad del conjunto todavía no precisada a fin de saber el precio en sede del art. 1452.3 Cc¹¹²⁰, o bien se dice directamente que si en el caso del art. 1452.2 Cc ya existe un precio global fijado desde el momento de la conclusión, en el del art. 1452.3 Cc es preciso pesar, contar o medir

¹¹¹⁹ Así lo hacen CAFFARENA LAPORTA, 1982, pp. 338; ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 160-161. Por su parte, MOREU BALLONGA, 1985, p. 15, denomina a este supuesto compraventa «hecha “aisladamente” con precio fijado *ad mesuram*» pero, a diferencia de los anteriores autores, considera que este caso es una compraventa genérica y no específica.

¹¹²⁰ CAFFARENA LAPORTA, 1982, pp. 337 y 341.

para determinar el precio¹¹²¹. Con mayor perspicacia, aunque con cierta oscuridad sobre las hipótesis que regula el art. 1452.3 Cc, Díez-PICAZO señala que el pesar, contar o medir constituyen operaciones preparatorias para la entrega por mucho que estén encaminadas a la determinación del precio¹¹²².

En lo que concierne al art. 1452.3 Cc, no se trata *sin más* de sustraer el género contratado de una concreta masa mayor ni de especificar un género ilimitado. Tampoco se trata de conocer, suponiéndose que se desconoce, la exacta cantidad cuando se vende la totalidad de la masa para, *sin más*, determinar definitivamente el precio. Y si se conoce la exacta cantidad de la masa vendida y se vende a tanto la unidad, no por ello se transmite el riesgo al comprador. No busquemos la estética apelando al *quid quale quantum et pretium* al que alude D. 18, 6, 8 pr. para afirmar que, una vez que se fija claramente lo que se vende, su calidad, su cantidad y el precio, la compraventa se perfecciona a efectos de transmitir el riesgo al comprador. Ello es una visión estática de la cuestión que engaña al intérprete haciéndole creer que la mera certidumbre sobre la cosa y el precio es suficiente para transmitir el riesgo. Y ello no es suficiente en el Derecho codificado español. Siempre es necesario *algo más*. Tal visión no se compadece con el carácter dinámico del expediente de la transmisión del riesgo el cual, como dije en su momento, atiende a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ha de tener lugar la entrega¹¹²³.

De lo que se trata es de «poner a andar el contrato»; que se produzca el intercambio simultáneo de las contraprestaciones: que el vendedor ponga el género a disposición del comprador para que este lo recoja, tenga así lugar la entrega, y al mismo tiempo pague el precio. Todas las operaciones de contar, pesar o medir –ya parezcan dirigidas principalmente a especificar el género objeto del contrato, ya parezcan encaminadas principalmente a determinar el precio– convergen *en*

¹¹²¹ ABRIL CAMPOY, 2011, p. 161.

¹¹²² Díez-PICAZO, 2010, p. 116.

¹¹²³ *Vid.* Capítulo 1, IV.

todo caso en la puesta a disposición; ese llamamiento para la ejecución del contrato. Esto lo confirman, de nuevo, previsiones contenidas en el Código de comercio.

El art. 367 Ccom de 1829 presenta una serie de disposiciones con las que se busca ejemplificar aplicaciones concretas de la regla general para la transmisión del riesgo expresada por el art. 366 Ccom de 1829, antecedente –recordemos– del actual art. 333 Ccom de 1885, en el concepto de la puesta a disposición.

Entre dichos supuestos, procede citar ahora los previstos en el art. 367.1.º y 3.º Ccom de 1829: «Corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas al comprador, aunque provengan de caso fortuito: 1.º Cuando la cosa vendida no sea objeto cierto y determinado con marcas y señales distintivas de su identidad, que eviten su confusión con otras del mismo género. (...) 3.º Si los efectos vendidos se hubieren de entregar por número, peso ó medida».

Los comentadores del precepto señalan que el supuesto 1.º se justifica por la aplicación del principio de que el género nunca perece, mientras que el 3.º concuerda con el Derecho común, que no considera perfeccionado el contrato hasta que las cosas son contadas, pesadas o medidas¹¹²⁴. En efecto, este supuesto 3.º acoge la compraventa *ad mensuram* en sus modalidades de compraventa genérica y específica. Ambas disposiciones fueron refundidas en un único párrafo en el actual art. 334.1.º Ccom de 1885 que ahora recoge esas expresiones particulares del criterio de la puesta a disposición que consagra el art. 333 Ccom¹¹²⁵: «Los daños y menoscabos que sufran las mercaderías,

¹¹²⁴ GÓMEZ DE LA SERNA / REUS Y GARCÍA, 1859, p. 91. Con razón estos autores también concuerdan el precepto con el art. 1585 *Code*.

¹¹²⁵ Como explica MENÉNDEZ, 1951, p. 246, a la vista de los términos en que está redactado el art. 334 Ccom y su inmediata colocación al lado del «principio general» –*rectius* regla– del art. 333 Ccom, «tal vez no sea aventurado afirmar que su inclusión obedece a la necesidad de explicar con mayor detalle y desde una posición distinta, la del vendedor, aquel principio general, de suerte que su contenido puede ayudarnos a fijar ese momento o situación que, unida a la perfección [léase conclusión] del contrato e inspirada en la vieja concepción

aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en los casos siguientes: 1.º Si la venta se hubiere hecho por número, peso o medida, o la cosa vendida no fuere cierta y determinada, con marcas y señales que la identifiquen».

Se pone así en plano de igualdad lo que, a efectos de las reglas sobre el riesgo, no precisa diferencia: compraventa genérica y la antigua compraventa *ad mensuram*; la cual, como ya sabemos, en su modalidad de compraventa de género limitado ha de considerarse a día de hoy propiamente una compraventa genérica. El art. 334.1.º CCom ayuda a comprender que esta variedad de supuestos también encuentra acogida en el art. 1452.3 Cc. Estas normas solo conciernen a la cuestión del reparto del riesgo de la contraprestación, aunque existan diferencias entre las compraventas a las que aluden (compraventa de género ilimitado, de género limitado o de cosa específica). Pero tales diferencias no son asunto de estos preceptos.

Si bien se piensa, se comprende enseguida que la identidad de tratamiento de la cuestión del riesgo para estas compraventas en el art. 334.1.º Ccom merecía la supresión de este párrafo, así como la de los restantes apartados del artículo. En efecto, no se precisa esta norma y solo la fuerza de la tradición la justifica. Cuando el legislador mercantil induce a partir de supuestos concretos –principalmente de la compraventa genérica y *ad mensuram* que ahora analizo, pero también de la compraventa condicional, a término, etc.– que la regla general para la distribución del riesgo en el contrato de compraventa es la puesta a disposición de la cosa –con las precisiones ya explicadas– a la que alude el art. 333 Ccom, el art. 334 Ccom se torna en una duplicidad innecesaria. Tal vez el legislador pudo tomar de él las ideas de la necesaria especificación de la cosa o cosas y su «identificación» con el concreto contrato de compraventa a las que están destinadas para completar el art. 333 Ccom y aportar mayor claridad al concepto

romana, establece el paso del riesgo. Nuestro C. de c., copiando al anterior, recoge todos estos requisitos necesarios bajo la expresión “puesta a disposición”».

de la puesta a disposición y sus requisitos que aquí no repetiré¹¹²⁶. Pero más allá de esto, el precepto no aporta mayor claridad, sino lo contrario, porque –en nuestro Derecho codificado– la transmisión del riesgo no se opera con la mera especificación e «identificación» de la cosa objeto del contrato, como parece indicar dicho art. 334.1.º Ccom¹¹²⁷. Va a ser necesaria en todo caso la puesta a disposición del art. 333 Ccom¹¹²⁸. Desde una perspectiva temporal o histórica, existen antes los supuestos particulares y disgregados del art. 334 Ccom que el concepto generalizante de la puesta a disposición en el que al fin confluyen; término alzado como regla sobre la distribución del riesgo aplicable a toda compraventa de ejecución en plaza. El legislador mercantil, no obstante, mantiene tales supuestos y les da un giro, presentándolos ahora como particulares aplicaciones de la regla del art. 333 Ccom. Y con este giro, curiosamente, la previsión que habría de ser especial (art. 334 Ccom) es más incompleta que la general (art. 333 Ccom).

Todo el sistema codificado pivota a la postre sobre la puesta a disposición; concepto en el que cristaliza el bagaje histórico de las antiguas normas del riesgo y que equivale al término perfección en esta materia¹¹²⁹. En efecto, la perfección del contrato no se refiere aquí a su conclusión, como acontece en los arts. 1258 y 1450 Cc. En el art. 1452.3 Cc *va de soi* que el contrato ya ha sido celebrado¹¹³⁰ y lo

¹¹²⁶ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

¹¹²⁷ Remárguese que en el art. 1452.3 Cc parecería que ya es suficiente la mera especificación.

¹¹²⁸ Una lectura distinta del art. 334.1º Ccom la realiza ALONSO PÉREZ, 1972, p. 444-447; en cuya opinión la individualización no puede identificarse con la puesta a disposición, aunque también dice que, en la práctica, aparecen unimismadas. El autor, conforme a su interpretación ya explicada de las normas del Ccom sobre la transmisión del riesgo, dice que el riesgo se imputa al comprador con la entrega, no es suficiente la mera especificación.

¹¹²⁹ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A) y B).

¹¹³⁰ En este sentido, BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 173; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 316. Es insostenible, el criterio de SOTO NIETO, 1965, p. 170-171, para quien el art. 1452.3 Cc es congruente con el art. 1450 Cc en el sentido de que el contrato no está perfeccionado (léase concluido) porque falta una «certera definición» de la cosa y el precio. Al igual que este autor, SCÆVOLA, 1970a, p. 581. Como remarca ALONSO PÉREZ, 1972, p. 316, en la compraventa *ad mensuram* las partes «saben muy bien, apenas emiten sus declaraciones de voluntad, cuánto se

mismo se debe decir respecto de sus preceptos concordantes en el Código de comercio; aunque ello no siempre se tuvo claro en el proceso codificador, tal y como evidencia el Proyecto de Código civil de 1836¹¹³¹. Lo deja claro asimismo el art. 1585 *Code* cuando alude a la falta de perfección de la compraventa *en el sentido de que* el riesgo lo soporta el vendedor¹¹³². La perfección, en este artículo, no mira a la celebración del contrato.

Es cierto que el inciso final del precepto francés señala que el comprador puede exigir la *délivrance* y los daños y perjuicios que, de haberlos, deriven de un eventual incumplimiento. Pero no estamos ante una precisión para aclarar que, *a pesar de* la utilización del término perfección en el art. 1585 *Code*, no se pone en duda la existencia de un contrato obligatorio. Como ya he explicado¹¹³³, en Derecho francés se acepta que el término perfección es multicomprendivo y su utilización para aludir a la transmisión del riesgo. Así lo hace este precepto y, en su análisis, también la doctrina¹¹³⁴. En mi opinión, son dos los motivos que podría justificar este inciso final del precepto. Por un lado, cabría entender que, sin más, se están plasmando las enseñanzas de POTHIER. Apunta este autor que, antes de la medición, pesaje o numeración, y desde el instante en que se celebra el contrato, los compromisos que nacen en efecto existen y el comprador puede exigir al vendedor que proceda a *livrer* la cosa¹¹³⁵. En su Informe de 3 de marzo de 1804, FAUVRE remarca que en este supuesto existe un *engagement réel*: el comprador

vende y el precio por unidad. Basta una simple operación aritmética. Por tanto, hay un convenio sobre cosa y precio (art. 1450) y la venta es perfecta [léase, se ha concluido]».

¹¹³¹ Vid. Capítulo 1, II, 1.

¹¹³² En la medida en que, en Derecho francés, la transmisión del riesgo es consecuencia de la transmisión de la propiedad, suele decirse respecto al precepto que la compraventa no es perfecta en el sentido de que no se ha transmitido la propiedad y, en consecuencia, tampoco el riesgo. GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 608-609. Los autores añaden que el contrato es perfecto en el sentido de vinculante y generador de obligaciones.

¹¹³³ Vid. Capítulo 2, II, 1.

¹¹³⁴ FAUVRE en FENET, 1836b, p. 153; DELVINCOURT, 1824b, p. 122; TROPLONG, 1845, p. 90; DURANTON, 1846c, p. 28; LAURENT, 1878c, p. 139; HUC, 1894, p. 149 y 1897, p. 28.

¹¹³⁵ POTHIER, 1844b, p. 191.

puede exigir la *livraison* y el vendedor el precio, ofreciendo aquella¹¹³⁶. Por otro lado, cabría entender que este inciso final pretende despejar toda duda acerca de la existencia de un contrato vinculante entre las partes antes de la ejecución de las operaciones de pesar, contar o medir en la medida en que voces autorizadas para el redactor del *Code* parecen negar el carácter obligatorio del contrato mientras no se realizan dichas operaciones. Según dice DOMAT, «*jusques-là, il n'y a point de vente*»¹¹³⁷. Sea como fuere, la cuestión no plantea a día de hoy ninguna duda en Derecho francés¹¹³⁸ ni ha de plantearla, como he señalado unas líneas más arriba, en Derecho español.

Los antecedentes más remotos del expediente de la transmisión del riesgo, si se acepta esa diferencia entre la *emptio contracta* y *emptio perfecta*, apuntan en esa dirección. Como puntualiza ALONSO PÉREZ, en el estadio de *emptio contracta*, la venta existe; no se cuestiona la válida celebración del contrato¹¹³⁹. La perfección a la que aluden los arts. 1258 y 1450 Cc equivale a la vieja *emptio contracta* del Derecho romano-clásico; la cual no es suficiente para trasladar los riesgos al comprador. En opinión del autor, «si se quiere, es menester llegar a la *emptio perfecta* bizantina, hoy desaparecida, pero cuya virtualidad se ha perpetuado en la “tenencia a disposición” o en el hecho de que las mercancías estén listas para proceder a su entrega». El profesor salmantino apela, en definitiva, a la necesidad de «individualizar las mercaderías, dejarlas listas para su traslado al comprador», para transmitir el riesgo al comprador conforme al art. 1452.3 Cc¹¹⁴⁰. No obstante, como sabemos, el autor no hace equivaler ese estado de las

¹¹³⁶ FENET, 1836b, p. 153.

¹¹³⁷ DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. VII, V*).

¹¹³⁸ Explica TROPLONG, 1845, p. 89, que antes de la especificación las partes no pueden desvincularse de sus compromisos. BAUDRY-LANCANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 9, señalan que el contrato puede recaer sobre cosas *in genere* y que, en efecto, ya hay compraventa: el comprador deviene acreedor, aunque no propietario. Para MAZEAUD, 1963, p. 737, el art. 1585 *Code* no pretende retardar la formación del contrato hasta la medición, sino solo la transmisión de la propiedad y de los riesgos.

¹¹³⁹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 181 y 187.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 316-317.

mercancías «listas» con el concepto de la puesta a disposición del art. 333 Ccom¹¹⁴¹.

B) Puesta a disposición del género

Nuestro Derecho codificado apenas ofrece datos sobre cómo ha de realizarse la especificación¹¹⁴² y los relativos a la puesta a disposición o bien se encuentran esparcidos entre diversos preceptos del Código de comercio o bien subyacen tras los mismos; coyuntura que dificulta su aprehensión¹¹⁴³. No obstante, las explicaciones realizadas hasta el momento me permiten –creo– concatenar una serie de ideas sin mayor dificultad.

En primer lugar, toda la problemática que atañe al riesgo en las obligaciones genéricas –ya sea el riesgo económico, de la prestación o de la contraprestación– no se ventila con la especificación de la cosa, aunque sea un lugar común formular así la cuestión¹¹⁴⁴, sino con la puesta a disposición.

Poniendo la mirada en el riesgo del precio, y aunque parezca una vana sutileza lo que voy a decir, no es que la puesta a disposición sea necesaria para que la especificación tenga lugar y se transmita dicho riesgo, sino que la especificación –junto a los otros tres

¹¹⁴¹ Vid. Capítulo 1, III, 3, A).

¹¹⁴² ESPÍN CÁNOVAS, 1983, p. 62, apunta respecto del art. 1452.3 Cc: «Se dice desde qué momento pasa el riesgo al comprador, pero no se alude al procedimiento de individualizar el género de modo eficaz para que se pase el riesgo; a qué intervención, conocimiento o situación del comprador es suficiente para que éste soporte el riesgo». Para MOREU BALLONGA, 1985, p. 22, «ni los autores del Proyecto de 1851 ni el legislador de 1889, como tampoco el legislador mercantil de 1829 ni el de 1885, tuvieron en mente o se preocuparon rigurosamente del tema del momento preciso de especificación de una obligación genérica».

¹¹⁴³ Destaca MENÉNDEZ, 1951, p. 246, la dificultad para matizar o delimitar con toda exactitud la noción de «puesta a disposición», entre otras cosas, por la sobriedad de las palabras del Ccom.

¹¹⁴⁴ Este sentir general lo expresa PUIG BRUTAU, 1982, p. 173: del art. 1452 Cc «resulta que los riesgos (pérdidas, daños y provechos) de la cosa vendida están sometidos a diferente régimen antes y después de su determinación concreta».

requerimientos ya mencionados¹¹⁴⁵— es paso necesario, previo o coetáneo, para que la puesta a disposición tenga lugar y se transmita el riesgo. Y mi cansina insistencia a este respecto se justifica por el ánimo de desterrar toda idea de que en Derecho español sea suficiente el carácter específico, ya originario ya sobrevenido, de la cosa objeto de la obligación de entrega para transmitir el riesgo.

Lo decisivo es que el vendedor haga todo lo que le incumbe para cumplir su obligación entrega; idea que va más allá de la mera especificación y aparece recogida en el § 243(2) BGB. El precepto, para las obligaciones genéricas, restringe la obligación a la cosa seleccionada por el deudor una vez que este ha hecho todo lo necesario por su parte para cumplir; momento en que se atribuye al acreedor el riesgo de la prestación, no así el de la contraprestación¹¹⁴⁶. Para saber en qué momento tiene lugar la *Konkretisierung*, la doctrina alemana tradicionalmente ha distinguido según se trate de una obligación de entrega o traslación —*Bringschuld*— en la que el deudor debe llevar la cosa al acreedor, una obligación de remisión o envío —*Schickschuld*— en la que el deudor entrega la cosa a un transportista para su transmisión al acreedor o una obligación de puesta a disposición —*Holschuld*— en la que el deudor ha de tener la cosa dispuesta para el acreedor y notificarle que ya está lista para su recogida¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵ La adscripción de la cosa al contrato de compraventa en cuestión, que el vendedor se encuentre en situación de entregar y se mantenga en tal estado y que el comprador conozca tal situación de forma tempestiva.

¹¹⁴⁶ § 243 BGB:

«*Obligation relating to class.*

«*Gattungsschuld.*

(1) *A person who owes a thing defined only by class must supply a thing of average kind and quality.* (1) *Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.*

(2) *If the obligor has done what is necessary on his part to supply such a thing, the obligation is restricted to that thing.* (2) *Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.*

Tomo todas las traducciones del BGB son de la edición de DANNEMANN/SCHULZE, 2020.

¹¹⁴⁷ ENNECCERUS, 1933, p. 32; LARENZ, 1958, p. 164; SCHULZE, 2020, pp. 324-325; LOOSCHELDERS, 2021, pp. 197-198, respecto a las obligaciones genéricas en general y

Nuestra doctrina no ve inconveniente alguno en aplicar esta distinción tripartita a nuestro Derecho y atender al programa de la prestación, integrado en su caso por los usos del tráfico¹¹⁴⁸, para determinar en qué escenario nos encontramos y su incidencia en materia de riesgos. Pero, si de lo que se trata es de describir nuestro derecho codificado, como ya sabemos, nuestras normas sobre el riesgo se estructuran exclusivamente para las compraventas de ejecución en plaza en las que el comprador ha de recoger la cosa que el vendedor pone a su disposición¹¹⁴⁹. Este es el dato determinante, en todo caso, para el riesgo de la contraprestación y, en ocasiones, para el riesgo de la prestación. En efecto, digo «en ocasiones» porque si la obligación es específica o de género limitado, como ya he señalado, el riesgo de la prestación puede recaer sobre el comprador antes de la puesta a disposición. Si la obligación es genérica pura, el vendedor ha de procurar género con el que cumplir hasta que el género elegido haya sido puesto a disposición del comprador.

En segundo lugar, hay que señalar que poner a disposición no es cumplir. Cuando el vendedor realiza la puesta a disposición hace todo lo que le incumbe para cumplir la obligación de entrega, pero no la cumple. Hay que acoger con cautela esa trimembre distinción alemana según que la *obligación* consista en una *Bringschuld*, *Schickschuld* o *Holschuld*. En Derecho español es erróneo hablar de una *obligación* de puesta a disposición y de su cumplimiento en sede de compraventa, aunque parte de la doctrina maneja tales ideas cuando trata de las

MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 358-359, con relación a las compraventas genéricas en particular.

¹¹⁴⁸ MOREU BALLONGA, 1985, p. 5; Díez-PICAZO, 2008a, pp. 338-339 y 388-389.

¹¹⁴⁹ Con relación a los riesgos de la prestación, MOREU BALLONGA, 1985, p. 5, señala: «falta toda base normativa para pretender resolver con criterios como los propuestos por Larenz el problema de la determinación del momento de especificación de una obligación genérica». Respecto al art. 1452 CC y el riesgo de la contraprestación, dice Díez-PICAZO, 2010, pp. 116-117: «En las compraventas de géneros, el Código no [*lapsus calami*, quiere decir “solo”] regula el riesgo en aquellas compraventas que determinan una obligación de entrega que es queruble, es decir, que se cumple en el lugar del vendedor, porque los preceptos presuponen que es el comprador quien tiene que ir a buscarlos allí. Queda de esta forma, sin resolver el problema del riesgo, cuando el vendedor tiene que llevar las cosas hasta el acreedor o, por lo menos, poner las cosas en camino hacia el comprador».

obligaciones genéricas en general¹¹⁵⁰, ni puede afirmarse – recordemos– que la puesta a disposición equivalga a la entrega. Ello lo evidencia el análisis realizado de la regulación de la compraventa en el Código de comercio que no es preciso reiterar aquí¹¹⁵¹ y parece que es el enfoque a sostener desde un punto de vista histórico donde se ha querido separar las operaciones de *admitiri*, *adpendere*, *adnumerare* de la *traditio*¹¹⁵². No obstante, este último término trae a colación no solo el cumplimiento de la obligación de entrega sino también la transmisión de la propiedad y, como ya he señalado, no es descartable que en la actualidad quepa considerar la puesta a disposición como una modalidad de *traditio* sin perjuicio de que, en el sistema dispositivo que establecen el Código de comercio y Código civil, esta puesta a disposición se concibe como un paso previo a la entrega.

Poner a disposición, como ya he explicado, es un deber accesorio del vendedor¹¹⁵³; quien pone la cosa a disposición del comprador, le

¹¹⁵⁰ HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 136; PUIG BRUTAU, 1988, p. 222; Díez-PICAZO, 2008a, pp. 338-339.

¹¹⁵¹ Vid. Capítulo 1, III, 2, A).

¹¹⁵² En su análisis de las fuentes, apunta ALONSO PÉREZ, 1972, p. 208, que las operaciones de *admitiri*, *adpendere*, *adnumerare* no equivalen a la *traditio* sino que son previas a esta. Reitera su criterio para el art. 1452.3 Cc (pp. 321-322). También GARCÍA CANTERO, 1991, p. 89 señala que las operaciones de contar, pesar o medir no están tipificadas en los arts. 1462 a 1464 Cc como formas de *traditio*. Volviendo al Derecho romano, coincide con el profesor salmantino GORLA, 1934, pp. 346-348, al menos en lo que se refiere al Derecho Justiniano. Según el autor, para los clásicos la individualización se realiza en la entrega. Se trata, en efecto, de una cuestión discutida acerca de la cual hay opiniones contrarias. Para CASAVOLA, 1954, p. 564, *admitiri*, *adpendere*, *adnumerare* no son más que expresiones técnicas de la *traditio* dada la especialidad del objeto del contrato. En este sentido, GROSSO, 1966, p. 261. Otros autores han mantenido una posición conciliadora al señalar que, a pesar de ser dos momentos jurídicamente diferentes, pueden ser coincidentes (MANNA, 1990, p. 264; FERCIA, 2007, p. 715).

¹¹⁵³ Cuando Díez-PICAZO, 2008a, pp. 338-339, estudia las obligaciones genéricas en general señala: «la concentración no sólo es una facultad, sino también *un deber* del deudor, pues si ha de hacer lo necesario para cumplir, ha de proceder a la concentración *a fin de* realizar la obligación de entregar la cosa» (la cursiva es añadida). No obstante, el autor señala más adelante (pp. 388-389) –cuando alude a la diferencia entre la *Bringschuld*, *Schickschuld* y *Holschuld*– que, en un caso de prestación de puesta a disposición, «el deudor *cumple simplemente* teniendo las cosas a disposición del acreedor» y comunicándolo al acreedor (la cursiva es añadida). La contradicción es evidente y el matiz es importante. No se trata de una mera sutileza teórica. En cuanto a la polémica de cuál es la naturaleza de la individualización,

espera y posteriormente tiene lugar el intercambio simultáneo de contraprestaciones: entrega de la cosa y pago del precio. La contraprestación del pago del precio no es la puesta a disposición, sino la entrega; de ahí que con la puesta a disposición el vendedor no pueda exigir ya el precio, sino que deba aguardar al comprador. Otra cosa es que, en la práctica, haya casos en que la puesta a disposición vaya seguida con inmediatez por la recepción de forma que puesta a disposición y entrega se solapen y aquella quede absorbida por esta¹¹⁵⁴ y en tal caso, como he explicado, no habría en realidad ninguna transmisión del riesgo. Pero nuestras normas codificadas separan ambos momentos; la regulación del riesgo del Código de comercio, insisto, lo expresa con claridad y ello es lo que justifica la existencia de la disciplina de la transmisión del riesgo.

En tercer lugar, tampoco se puede decir que el riesgo se transmita en el momento de la puesta a disposición del género porque el comprador se encuentre en mora¹¹⁵⁵. Al analizar la cuestión de la transmisión del riesgo en la compraventa específica –alzada como paradigma en la regulación del Código civil– explico que dicha transmisión tiene lugar antes de que se produzca cualquier tipo de retraso. La idea del retraso para justificar la transmisión del riesgo, como se ha podido

da cuenta ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 319-320. Para MOREU BALLONGA, 1985, p. 33, «la elección de la concreta prestación con el que el deudor *quiere cumplir* y su correspondiente notificación» constituye un deber suyo (la cursiva es añadida). En la doctrina francesa, señala MAZEAUD, 1963, p. 735 que la «individualización» del género es una obligación a cargo del vendedor.

¹¹⁵⁴ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 315, señala: la entrega tiene lugar en un momento posterior «salvo que las partes consideren las operaciones de medir, pesar o contar como el desentenderse y hacerse cargo, respectivamente, de las mercaderías. Algo que acontece con harta frecuencia en la práctica comercial».

¹¹⁵⁵ La cuestión presenta su dificultad y da lugar a pronunciamientos contradictorios. Díez-PICAZO, 2008a, p. 339, al tratar en sede de obligaciones genéricas la puesta a disposición, señala que «basta que el deudor tenga la mercancía a disposición del acreedor, siempre que haya comunicado a éste tal hecho, ofreciéndosela en condiciones tales que permita la mora del acreedor si éste no efectúa la recogida, aunque deba admitirse que el riesgo se traslada desde la separación con puesta a disposición, exista o no todavía mora accipiendi». Pero al tratar el art. 1452.3 Cc en particular, apunta: «resulta con claridad que la separación comunicada constituye una puesta a disposición, a partir de la cual el riesgo es del comprador porque incide en mora accipiendi» (Díez-PICAZO, 2010, p. 116).

comprobar, es el caldo de cultivo para complejas e infructuosas disquisiciones¹¹⁵⁶. La puesta a disposición, de la cosa específica o del género especificado, no conlleva ninguna idea de retraso tal y como confirma el estudio de las normas del riesgo contenidas en nuestro Código de comercio que son, recuérdese, parejas al art. 1452.3 Cc. No obstante, el legislador se refiere a la mora del comprador en esta última norma. Según dispone el precepto, no está de sobra recordar, «no se imputará el riesgo al comprador hasta que [las cosas] se hayan pesado, contado o medido [léase, hasta que las cosas se hayan puesto a disposición del comprador], a no ser que éste se haya constituido en mora». Y habremos de preguntarnos de qué se está hablando en esta sede: mora respecto a qué y mora de qué tipo; incómoda alusión a la mora ausente, en cambio, en el paralelo art. 1585 *Code*.

Para ALONSO PÉREZ, se trata de la mora del comprador en la realización de las operaciones de pesar, contar o medir¹¹⁵⁷, es decir, mora en la puesta a disposición. Y esta apreciación arrastra necesariamente consigo otras dos cuestiones: por un lado, la de determinar si la puesta a disposición la realiza unilateralmente el vendedor o si se trata de una operación bilateral a realizar por este junto al comprador; cuestión a la que me referiré posteriormente.

Por otro lado, resurge la cuestión atinente a qué tipo de compraventa se refiere el precepto. En efecto, si la mora del comprador en la puesta a disposición supone que se le transmita el riesgo, ello reforzaría la idea de que el precepto solo se refiere a las compraventas *ad mensuram*, no a las compraventas genéricas en general. En aquellas cabría transmitir el riesgo al comprador en la medida en que la masa podría perderse en todo o en parte, mientras que en un supuesto de compraventa de género ilimitado siempre habría en línea de principio género del que disponer; por lo que si todavía no hay riesgo de la prestación del que hablar, mucho menos un riesgo de la contraprestación a transmitir al comprador a pesar de su mora en la

¹¹⁵⁶ *Vid.* Capítulo 1, II, 3, B).

¹¹⁵⁷ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 320.

numeración, pesaje o medición¹¹⁵⁸. No obstante, algunas opiniones que encajan la compraventa genérica en el art. 1452.3 Cc olvidan el anterior matiz y señalan que la mora del comprador conlleva que se le transmita el riesgo antes de la individualización¹¹⁵⁹. Y aun en el supuesto de que se admita para la compraventa *ad mensuram* la transmisión del riesgo con anterioridad a la puesta a disposición en caso de mora del comprador, la cuestión no estaría exenta de dificultades. Como sabemos, en esta modalidad de compraventa, el objeto del contrato puede recaer sobre una parte del conjunto o sobre su totalidad; un todo cuya exacta cantidad puede ser conocida o no y al que la pérdida puede afectar en todo o en parte. Y tales circunstancias dificultan no solo determinar qué cosas se han de tomar como referencia para decir que hay un riesgo de la contraprestación que transmitir, sino también determinar el propio precio de las mismas¹¹⁶⁰.

DÍEZ-PICAZO, en cambio, considera la mora del comprador a la que alude el art. 1452.3 Cc se refiere al retardo en la recepción o retirada de la mercadería, no al pago del precio¹¹⁶¹. Esta precisión poco

¹¹⁵⁸ Reflexiona en este sentido ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10243-10244.

¹¹⁵⁹ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 60; PUIG BRUTAU, 1982, p. 174; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1145. También ALBALADEJO GARCÍA, 1980b, p. 53, desde la perspectiva del riesgo de la prestación.

¹¹⁶⁰ MOREU BALLONGA, 1985, p. 21, reflexionando sobre la posibilidad de que el art. 1452.3 Cc se refiera solo a la compraventa *ad mensuram*, señala: «le sería imputable [al comprador] el riesgo de las cosas globalmente designadas y perecidas, debiendo calcularse el precio a pagar por él *a posteriori*, contando, pesando o midiendo los despojos de lo destruido, y reconstruyendo de este modo, o por presunciones, el valor de las cosas perdidas». Con mayor escepticismo, FUENTESECA DEGENEFFE, 2010, pp. 192-193 reflexiona: «¿Y qué riesgo es éste [al que se refiere el art. 1452.3 Cc]? Respecto de las cosas fungibles que aún no estén pesadas, contadas o medidas no es posible constatar cuales son las que se perdieron por culpa del vendedor o por caso fortuito. En consecuencia, el comprador moroso no tendría por qué sufrir la pérdida de cosas que todavía no están determinadas, ni se sabe aún cuales son porque no están pesadas, contadas o medidas».

¹¹⁶¹ DÍEZ-PICAZO, 2008a, p. 738. FUENTESECA DEGENEFFE, 2010, pp. 189-191, plantea primero dudas al respecto. Pero después se decanta por entender que el art. 1452.3 Cc se refiere al retraso en la recepción; para la mora en el pago del precio habría que estar al art. 1501.3 Cc. También, con anterioridad, BORRELL Y SOLER, 1952, p. 88, entiende que se trata de la mora en recibir.

aportaría en el supuesto básico en el que el intercambio de las contraprestaciones ha de tener lugar simultáneamente, debiéndose realizar la recepción y el pago del precio de consuno. Y en la medida en que se admita –como creo que ha de hacerse– que la recepción se suma junto al pago del precio como obligaciones del comprador¹¹⁶², habría que ir diferenciando, según la entrega y el pago del precio tengan lugar simultáneamente o no y según dicho retraso fuese o no imputable al comprador –lo cual es importante en nuestro Derecho codificado para apreciar la mora del deudor, en particular, y las normas del incumplimiento en general–, si el comprador se encuentra en situación de *mora credendi* o de *mora debitoris*¹¹⁶³. Pero puedo eludir aquí este análisis por la sencilla razón de que el precepto no está contemplando tal supuesto; no contempla el retraso del comprador en la recepción y/o el pago del precio¹¹⁶⁴. De su letra se entiende que lo que no ha tenido lugar es la realización de las operaciones de contar, pesar o medir –esto es, la puesta a disposición– por la mora del comprador y que, a pesar de ello, se le transmite el riesgo. Si se tratase de la mora en la recepción de la cosa, su mención en el precepto nada añadiría a la cuestión del riesgo porque ya se le habría transmitido previamente con la puesta a disposición de la cosa para su efectiva recepción. Se trata, reitero, de la falta de *adpendere*, *adnumerare*, *admetiri* debido a la mora del comprador; apreciación que nos reconduce a la cuarta, última y ya adelantada cuestión a tratar aquí y a la que dedico el siguiente apartado: si la puesta a disposición la realiza unilateralmente el vendedor o si se trata de una operación bilateral a realizar por este junto al comprador.

C) Ausencia o presencia del comprador en la puesta a disposición

Con base en todo lo dicho hasta ahora, creo que puedo abordar la cuestión de la rúbrica con parquedad. Dejo ya de lado aquellos

¹¹⁶² Vid. Capítulo 1, III, 2, C).

¹¹⁶³ No se trataría en todo caso de un supuesto de *mora credendi* como parece dar a entender DÍEZ-PICAZO, 2008a, p. 738.

¹¹⁶⁴ También MOREU BALLONGA, 2006, p. 497.

planteamientos doctrinales conforme a los cuales la referencia a la mora en el precepto es una indicación de que hace falta «algo más» que el pesar contar o medir para transmitir el riesgo al comprador: concretamente, que llegue el momento del pago, de forma la cuestión del riesgo en los supuestos de compraventas de géneros se solventa bien mediante el cumplimiento de la obligación de entrega, bien por el ofrecimiento del cumplimiento en tales condiciones que se haga incurrir en mora al comprador¹¹⁶⁵. No es preciso que me detenga en sus argumentos y despliegue un abanico de contrargumentos, correcciones y cuestionamientos sobre la base de una letra –la del art. 1452.3 Cc– susceptible de acoger múltiples interpretaciones¹¹⁶⁶. Creo contar con tres argumentos, a mi entender, directos, sencillos y de peso.

En primer lugar, la anterior lectura hace decir al precepto lo que su literalidad no dice¹¹⁶⁷. En segundo lugar, supone suprimir el ámbito de aplicación donde se gesta la teoría de la transmisión del riesgo y que

¹¹⁶⁵ Se trata del criterio sostenido por Díaz Pairó, y al que se adhiere CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 109, que se sirve del art. 1452.3 Cc para inducir sus conclusiones y aplicarlas a todo supuesto de obligación genérica. También LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, pp. 66-68. No es preciso que me pare en aquella polémica protagonizada en el pandectismo entre quienes, para solventar la cuestión de la especificación y el riesgo en las obligaciones genéricas, apostaban por la separación unilateral del género por el vendedor con anterioridad al cumplimiento y aquella teoría que abogaba por el momento de la entrega; teoría –esta segunda– sobre la que se apoya la interpretación del art. 1452.3 Cc que acabo de mencionar. Sucintamente, sobre estas dos teorías ENNECCERUS, 1933, p. 32, en cuya opinión el § 243(2) BGB no se adhiere por completo a ninguna de ellas. HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 136; PUIG BRUTAU, 1988, p. 222, apelan a la separación bilateral mediante el cumplimiento. Pero para estos autores poner a disposición es cumplir y ello es, a mi entender, erróneo. Con diversos razonamientos de los que puedo prescindir aquí, también atienden al momento de la entrega o cumplimiento, SCÆVOLA, 1970a, p. 583; ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 47; ESPÍN CÁNOVAS, 1983, pp. 62-63.

¹¹⁶⁶ El esfuerzo ya lo realiza MOREU BALLONGA, 1985, *passim*. Repárese particularmente en las pp. 17-19, cuando el autor comienza a indagar sobre el criterio contenido en el art. 1452.3 Cc y las múltiples apreciaciones que su letra le suscita.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 23. El autor apunta que, si el legislador hubiese querido resolver la cuestión conforme a tal interpretación, podría haber indicado sin más que el riesgo no se imputaría al comprador en el supuesto contemplado hasta la entrega. En realidad, conforme a lo que señalo en el texto, reiterando anteriores explicaciones, ello tampoco tendría sentido. No habría ya un supuesto de transmisión del riesgo.

justifica su existencia –el período anterior a la entrega– y ya no se comprendería la razón de ser de esta norma¹¹⁶⁸. Es más, supone negar la existencia de la transmisión del riesgo en un ámbito de la contratación –la compraventa de géneros– que fue, según sugerentes indicios, el que precisamente justificó el nacimiento de la disciplina de la transmisión del riesgo¹¹⁶⁹. En tercer lugar, desconoce que el Código de comercio, para las mismas compraventas de género que recoge el art. 1452.3 Cc, establece claramente la transmisión del riesgo en el momento de la puesta a disposición; la invitación a la entrega¹¹⁷⁰.

La única duda que ha de generar la apelación a la mora en este precepto es si el comprador debe participar o no en la puesta a disposición del género objeto del contrato o –he de admitir– en una eventual especificación que le anteceda. Como ahora se verá, la doctrina plantea la cuestión en torno a la participación del acreedor en la *especificación* del género. Aunque he de volver a insistir en que la especificación no es el *quid* de la cuestión en el art. 1452.3 Cc, el cual también trata de cosas ya específicas.

Para ALONSO PÉREZ –respaldado por el argumento histórico acaso indubitado¹¹⁷¹–, las operaciones de contar, pesar o medir constituyen «un acto jurídico bilateral que necesita la intervención del comprador, sin que el vendedor pueda por sí sólo llevarla a efecto. Si, en todo caso, el vendedor procede sólo a la individualización, el riesgo no pasaría al comprador si éste no aprueba el acto unilateral del vendedor. La necesaria intervención del comprador, de un modo u otro, es presupuesto esencial para la eficacia del acto especificador. (...) El hecho de imputar el riesgo al comprador cuando éste incurre

¹¹⁶⁸ Capítulo 1, IV.

¹¹⁶⁹ Capítulo 1, II, 1, A).

¹¹⁷⁰ Capítulo 1, III, 2, A).

¹¹⁷¹ Aunque las fuentes no aclaran si las actuaciones de *admitiri*, *adpendere*, *adnumerare* son realizadas unilateralmente por el vendedor o si requieren la cooperación del comprador, la doctrina se pronuncia en este segundo sentido. GORLA, 1934, p. 345; CASAVOLA, 1954, p. 565; GROSSO, 1966, p. 261; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 208-209.

en mora para realizar los actos de especificación (...), prueba que no es indiferente la presencia o consenso del comprador»¹¹⁷².

MOREU BALLONGA defiende que el art. 1452.3 Cc acoge el criterio de especificación de las obligaciones genéricas por mera separación unilateral. De sus argumentos, me limito a destacar su apuesta por la aplicación analógica¹¹⁷³ –con base en una serie de precisiones históricas y técnicas sobre las que no he de entrar aquí¹¹⁷⁴– del art. 1133 Cc¹¹⁷⁵ que, para las obligaciones alternativas, presupone¹¹⁷⁶ una concentración unilateral del deudor pero notificada al acreedor¹¹⁷⁷;

¹¹⁷² ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 319-320. Con anterioridad, BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 174: «la determinación es un hecho a cuya producción deben concurrir las dos partes interesadas» y rechaza expresamente el criterio que rige en las obligaciones alternativas. Según Díez-PICAZO, 2010, p. 116: «Puede admitirse que tal separación no ha de ser nunca un acto absolutamente unilateral del vendedor y que debe ser bilateral (por acuerdo entre vendedor y comprador) o, por lo menos, comunicada por el vendedor al comprador y no rechazado por éste».

¹¹⁷³ La postura la sostiene con anterioridad DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 373.

¹¹⁷⁴ MOREU BALLONGA, 1985, pp. 23-30.

¹¹⁷⁵ Art. 1133 Cc: «La elección no producirá efecto sino desde que fuera notificada».

¹¹⁷⁶ Argumento *a contrario* sustraído del art. 1136 Cc referido al caso en que la elección hubiese sido atribuida al acreedor.

¹¹⁷⁷ MOREU BALLONGA, 1985, p. 35, recuerda que, quienes se inclinan por la separación bilateral, consideran que la teoría contraria sometería al acreedor a posibles fraudes del deudor; argumento que el autor considera endeble teniendo en cuenta la presunción de culpa que establece el art. 1183 Cc. A su entender, y desde la perspectiva del riesgo de la prestación, no hay privilegio alguno para el deudor de cosa genérica al que se le permite concentrar unilateralmente la cosa; «más bien, se le permite el acceso a la normalidad de la situación del deudor en nuestro Derecho: la situación de poder exonerarse de responsabilidad desplegando la diligencia que le es exigible» (obligación de conservar y presunción de culpa). En LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 68, se critica tal argumentación: parece que se viene a «considerar la obligación genérica antes de la especificación no sólo como especial, sino como anormal y hasta indeseable. Y no parece que sea así: en el tráfico, la obligación genérica es normal y deseable en su propia especialidad. Por lo demás, el acreedor queda más protegido con el *genus non perit* [...] que con la obligación del deudor de conservar diligentemente la porción concentrada, y que con la presunción de perecimiento culposo estando en su poder, sin que le compensen tampoco los eventuales incrementos fortuitos de la misma. Y, sobre todo, que no se trata de favorecer al acreedor o al deudor, sino de aplicar a la institución el tratamiento que parece más acorde con su función económica y social en el tráfico». De *lege lata*, no me parece sostenible la argumentación por la sencilla razón ya apuntada: apostar por la misma supone prescindir del expediente transmisión del riesgo y no se comprendería la razón de ser del precepto.

concentración que produciría sus efectos vinculantes una vez que acreedor tiene conocimiento de la misma ya sea por la notificación que recibe ya sea de otra manera¹¹⁷⁸. Y, a lo que aquí interesa, tal argumentación conduce al autor a concluir que la previsión de la mora en el art. 1452.3 Cc se refiere al caso en que se hubiese pactado «el necesario concurso de vendedor y comprador para la especificación y simultáneo pago»; planteamiento que encontraría su precedente en las Partidas (Part. Quinta, Tít. V, Ley 24)¹¹⁷⁹.

Nada que criticar respecto de la aplicación analógica de las previsiones relativas a las obligaciones alternativas; ante problemas semejantes a veces proceden soluciones idénticas, como en este caso. La alusión a nuestro Derecho histórico para reforzar, a lo que a aquí interesa, la tesis de que la puesta a disposición la realiza solo el vendedor salvo que haya pacto o uso no me parece incorrecta, si bien creo que hay que tomar cierta distancia de ella; me detengo sobre la cuestión en las próximas líneas. No obstante, me parece precipitada la conclusión de que el pacto consista en el acuerdo de la conjunta especificación y simultáneo *pago*; pago que, de las explicaciones del autor, no se entiende con claridad si se trata del pago del precio, el pago –léase, cumplimiento– de la obligación de entrega o el pago de ambos, lo que sería más probable teniendo en cuenta la regla dispositiva de la ejecución simultánea de las contraprestaciones. No se puede descartar, y además creo que es el supuesto en el que

¹¹⁷⁸ MOREU BALLONGA, 1985, p. 41; que se apoya en el art. 1262 Cc y el criterio sostenido por HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 146, para las obligaciones alternativas.

¹¹⁷⁹ MOREU BALLONGA, 1985, p. 21. Reitera posición, con mayor argumentación y nuevas precisiones, en MOREU BALLONGA, 2006, *passim*. Para DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 617, salvo pacto o uso, «ningún precepto exige la intervención del acreedor en estas operaciones, aunque parece lógico exigir le sean debidamente notificadas». SCÆVOLA, 1970a, pp. 582-583, considera que el precepto alude a la mora del comprador en las operaciones de pesar, contar o medir cuando se ha fijado un plazo para ello. De no fijarse tal plazo, el autor sostiene, que tales operaciones se realizan en el momento de la entrega; criterio que no comparto. Para LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 898, «parece» que el precepto contempla el supuesto de pacto de intervención del comprador en tales operaciones. Según ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10243-10244, la referencia a la posible mora se refiere a casos de pacto de separación conjunta o supuestos en que el vendedor señala un plazo al comprador para la separación y este se retrasa. Si no, se le tendrá que notificar la numeración, pesaje o medición realizada por el vendedor.

verdaderamente está pensando el precepto, que el pacto consista bien en la participación de ambos contratantes en la puesta a disposición, bien en la especificación del género que después el vendedor pone a disposición del comprador; en ambos casos, supuestos de cooperación anterior a la realización de la entrega.

La duda sobre la eventual participación del comprador en la puesta a disposición trae causa de la configuración de la antigua compraventa de *res quae pondere, numero mensurave constant*; compraventa de mercaderías que –aparte de su eventual numeración, pesaje y medición– eran típicamente probadas o degustadas por el comprador.

En su tiempo, la *degustatio* podía acompañar a la compraventa *ad mensuram* o *per aversionem*¹¹⁸⁰ y las fuentes son prolijas en ejemplos que afectan a la compraventa de vino; transacción de relevancia económica en el comercio de Roma¹¹⁸¹.

Si bien es cierto que en las fuentes se lee que es difícil que alguien compre vino sin que lo deguste¹¹⁸², la cláusula de la *degustatio* no debe considerarse implícita en toda compraventa de vino; su carácter usual no la convierte en esencial¹¹⁸³.

Del mismo modo, aunque algunos opinan que esta cláusula no se trata de un *pactum displicentiae* por el que la prueba del vino quede al gusto subjetivo del comprador, sino que el parámetro consiste en el

¹¹⁸⁰ ARANGIO-RUIZ, 1954, p. 274.

¹¹⁸¹ Aproximación a la compraventa de vinos y bibliografía al respecto en ZIMMERMANN, 1996, pp. 284-286. Con relación a este particular, señala el autor que el vino nuevo normalmente se vende en cubas (*vinum doliare*) mientras que el de mejor calidad se vende embotellado en ánforas (*vinum amphoriarum*). Y dado que aquellas tienen una capacidad mucho mayor y un cierre peor que estas, el autor hipotetiza que la cláusula de la *degustatio* debía referirse típicamente al *vinum doliare*, ya que la *degustatio* del vino de una concreta ánfora poco podía decir del estado del vino contenido en las restantes.

¹¹⁸² Cfr. D. 18, 6, 4, 1. Para BETTI, 1956, p. 176, que la *degustatio* falte no debe ser más que una hipótesis de escuela.

¹¹⁸³ SCIALOJA, 1907, pp. 218-220. También ZIMMERMANN, 1996, p. 286; LAZO, 2005, p. 85.

arbitrio de la persona recta¹¹⁸⁴, otros señalan que ningún pasaje menciona tal objetivo requerimiento¹¹⁸⁵. Pero de ello no deriva una situación particularmente perjudicial para el vendedor. La cláusula de la *degustatio* normalmente fija un período corto de tiempo para su realización, pasado el cual se considera que el comprador ha probado el vino¹¹⁸⁶ de forma que le corresponde el riesgo¹¹⁸⁷. En el caso de que no se acuerde el término para la prueba, lo más probable es que el vendedor, después de un tiempo razonable, pueda ponerlo en mora instándole a realizar la degustación¹¹⁸⁸.

Este bagaje arriba a la ya mencionada Part. Quinta, Tít. V, Ley 24¹¹⁸⁹; la cual diferencia entre las cosas que, como el vino, además de

¹¹⁸⁴ SCIALOJA, 1907, pp. 221-223.

¹¹⁸⁵ YARON, 1959, p. 75. En su opinión, es difícil pensar que un comprador acepte comprar un vino que no le guste de acuerdo a su juicio personal. Sigue el criterio de DE ZULUETA, 1945 (1966), p. 58. Para este autor, es posible que las fuentes hablasen del *boni viri arbitratu degustato*; pero, al omitirse la referencia al *bonus vir*, es improbable que puedan considerarse implícita. Ya con anterioridad, GLÜCK, 1901, p. 972, señala que el comprador puede retirarse del contrato si, tras la prueba, la cosa no es de su gusto. También WINDSCHEID, 1904, p. 87.

¹¹⁸⁶ YARON, 1959, pp. 72-74.

¹¹⁸⁷ TALAMANCA, 1993, p. 424.

¹¹⁸⁸ DE ZULUETA, 1945 (1966), p. 58.

¹¹⁸⁹ Part. Quinta, Tít. V, Ley 24:

«[...] ca si alguno comprasse vino, o gingibre, o cinamomo, o alguna de las otras cosas semejantes destas, que han los omes por costrumbre de las gustar ante que las compren; e si tales cosas como estas se vendiesse por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen, ante que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas; estonce serie el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuessen ambos auenibos en el precio. Mas si despues que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas, se perdiessen, o se empeorassen, seria el peligro que ende viniessen, del comprador, e non del vendedor. Pero si se auiniessen el comprador, e el vendedor, en el precio, e señalassen dia, a que gustasse el comprador la cosa, e en que la pesassen, o en que la mediessen; si el comprador non viniessen aquel dia, que señalaron, e despues desto se perdiessen, o se menoscabasse, entonce serie el peligro del comprador. Mas si por aventura acaesciesse, que el vendedor, e el comprador, seyendo auenidos en el precio, non señalasen dia cierto, en que gustasse el comprador la cosa, nin en que la pesassen, o la midiesen, segund diximos. Estonce el vendedor puede fazer afrenta al comprador, delante testigos, que vaya a gustar, o mesar, o a medir, la cosa que le vendio. E si non lo quisiere fazer, dende adelante, si la cosa se perfiessen, o se empeorasse, es el peligro del comprador [...]. Mas si la vendita fuesse fecha de oro, o de plata, o de ciuera, o de otra cosa semejante, que se suele vender a peso, o a medida tan solamente; estonce dezimos, que si peligro alguno acaesciesse en aquella cosa, perdiendose toda, o parte della, ante que sea pesada, o medida, que es del vendedor el peligro. Pero si rafezassen, o encareciesen en aquel lugar, las otras cosas que fuessen atales como aquella, la mejoría o el menoscabo que auiniessen por esta razon, seria del comprador tan solamente». Tomo el texto de BERNÍ Y CATALÁ, 1767, pp. 47-48.

«Vendida una cosa de las que antes de comprarse se acostumbra á probar, como el vino, el jengibre ó cinamomo, el daño que venga á ella antes de tal prueba, ó de pesarse ó medirse, será a cargo del vendedor: el que despues de esto resulte, será del comprador. Tambien será de cuenta de este el daño que resulte despues del dia que se haya señalado para probar, pesar ó medir, no habiendo él comparecido y habiendo conformidad en el precio. No habiendo tal señalamiento de dia, el vendedor podrá requerir al comprador ante testigos, para que vaya á gustar, pesar ó medir; y si no fuese, el daño que en adelante venga á esta, será de cuenta y riesgo del comprador mismo. El vendedor, en este caso, podrá todavía vender la cosa á otro, despues que haga dicho requerimiento; y si se perdiese algo en la venta, el comprador primero deberá indemnizarle de ello. Si el vendedor necesitase las vasijas en que estuviere lo vendido, podrá alquilar otras á costa de tal comprador; y no hallándola, ni teniendo donde recoger el nuevo fruto recolectado, podrá arrojar á la calle ó al camino público lo que así hubiese vendido, pesándolo ó midiéndolo antes. Esto se podrá hacer desde el dia siguiente designado para que el comprador acuda á medir ó pesar lo vendido, y despues de haberle hecho el mencionado requerimiento. Si lo vendido fuese oro, plata, trigo ú otra cosa de las que se venden por peso ó medida, y no se gustan, el daño que venga antes de pesarse ó medirse, será del vendedor; así como será del comprador el daño ó provecho que le resulte por haber comprado la cosa á mayor ó menor precio del que lleguen á tener despues en el lugar las de igual clase». Tomo el texto adaptado de MURO MARTÍNEZ, 1881b, p. 122.

susceptibles de ser pesadas o medidas, son probadas, y aquellas otras cosas que son *solamente* pesadas o medidas (no gustadas). Para las primeras, precisamente porque ha de probarlas el comprador, se plantea esa posibilidad de que se señale un día para la prueba, pesaje o medición o, a falta de señalamiento, se permita al vendedor requerir al comprador para que acuda a efectuar tales operaciones. Con relación a las segundas, ninguna mención se hace al respecto. Aunque, quizás, no se deba conceder trascendencia a esta aparente diferenciación y estimar que la finalidad del último párrafo Part. Quinta, Tít. V, Ley 24 es sencillamente hacer pechar al comprador con el riesgo de las fluctuaciones al alza o a la baja del precio acordado¹¹⁹⁰ y estimar que la totalidad de la Ley se refiere a cosas susceptibles de ser pesadas, medidas o gustadas y que en todos los supuestos el vendedor puede requerir al comprador para que acuda a efectuar tales operaciones¹¹⁹¹. No creo que proceda que yo me pronuncie.

Lo que me interesa destacar es que este esmerado casuismo es diluido por el proceder inductivo de la técnica codificadora que, no obstante, mantiene ciertos retazos de singulares soluciones del pasado y ello lo hace, según el caso, con mejor o peor técnica.

Con relación a la codificación civil, el art. 1016 del Proyecto de Código civil de 1836 –antecedente, en parte, del art. 1452.3 Cc– recoge en su solo párrafo una omnicompreensiva referencia a las operaciones de contar, pesar, medir o probar¹¹⁹² para indicar a

¹¹⁹⁰ Señalan ARIAS RAMOS / ARIAS BONET, 1965, p. 375, que la última parte del pasaje («si rafezassen...»; es decir, si disminuyesen de valor), alude, más que a la pérdida de la cosa o su deterioro intrínseco, con una variación de las cotizaciones. La decisión, opinan los autores, se justifica por el deseo de evitar un elemento de inestabilidad en la contratación que afloraría de ser necesario rectificar el precio acordado en un principio. En este sentido, ya remarca SALA, 1832, p. 260 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, p. 308, que lo explica Gregorio López en la glosa. Señala el autor: «estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro; pero sí en cuanto al aumento ó baja del precio».

¹¹⁹¹ Con relación a este último pasaje, algunos autores (no todos) mencionan no solo la compraventa de cosas que se pesan o miden, sino también de las que se prueban. GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, 1874, p. 254; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, p. 308.

¹¹⁹² Art. 1016 del Proyecto de Código civil de 1836: «En las cosas que se venden por número, peso o medida, o que según costumbre o uso común se prueban o gustan antes de comprarse,

continuación, en el art. 1017 del Proyecto, que se tendrán por «verificadas» tales operaciones si el comprador no comparece –entiéndase, para su realización– o bien en el día acordado o, de no haberse fijado, en el indicado por el vendedor¹¹⁹³. Las no pocas líneas de las Partidas y del Proyecto se ven reducidas a esa lacónica expresión –«a no ser que éste [el comprador] se haya constituido en mora»– del art. 1452.3 Cc. Y el intérprete se encuentra con que, mientras las Partidas acaso diferenciarían casos en que el comprador interviene o no en las operaciones de contar, pesar o medir según haya o no pacto o requerimiento para la prueba, los arts. 1016 y 1017 del Proyecto de 1836 dan a entender que el comprador interviene siempre en tales operaciones. El intérprete del art. 1452.3 Cc habrá de decidir a qué vestigio del pasado concede mayor peso. El argumento histórico se me antoja, pues, poco fiable.

Por mi parte, encuentro certidumbre en la codificación mercantil para resolver la cuestión y sostener que, en efecto, la regla dispositiva es que la puesta a disposición la realiza el propio vendedor, sin la participación del comprador¹¹⁹⁴. En primer lugar, porque el ya analizado art. 337 Ccom no exige dicha participación: «...el vendedor

no hay venta hasta que se hayan contado, pesado, medido o probado, y conformándose el comprador». Esta referencia a que «no hay venta» hasta la realización de tales operaciones se asemeja mucho al comienzo de la Part. Quinta, Tít. V, Ley 24: «Vendida una cosa de las que *antes de comprarse* se acostumbra á probar...» (cursiva añadida). Con razón LASSO GAITE, 1970, p. 134 concuerda ambos textos. No volveré sobre la cuestión de si, antes de la realización de dichas operaciones, existe un contrato de compraventa vinculante. Hoy no es posible dudar de ello.

¹¹⁹³ Art. 1017 del Proyecto de Código civil de 1836: «Se entiende haberse verificado las condiciones expresadas en el artículo anterior y aprobado la calidad de la cosa por el comprador, cuando éste no comparece en el día prefijado en el contrato, o a falta de designación, en el que señalare el vendedor. En tal caso, tendrá éste el derecho de repetir contra el comprador el resarcimiento de los perjuicios que haya experimentado por la expresada falta».

¹¹⁹⁴ MENÉNDEZ, 1951, p. 245, no duda al respecto. También en este sentido, ALCOVER GARAU, 1991, pp. 153-154, aunque establece una diferencia entre *tener* y *poner* a disposición para la que no encuentro justificación. Ya comenté la cuestión en la nota a pie de página 507.

deberá tenerlas [las mercaderías] a disposición del comprador...»¹¹⁹⁵. En segundo lugar, porque el art. 334.2º Ccom –que trata de recoger, recuérdese, aplicaciones casuísticas de la regla del art. 333 Ccom– apela a ese pacto –dice «expreso», pero nadie dudará que no ha de ser así por necesidad– o uso del comercio para el caso en que el comprador haya de «examinar» la mercadería: «Los daños y menoscabos que sufran las mercaderías, aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en los casos siguientes: [...] 2.º Si por pacto expreso o por uso del comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente».

Ya he señalado que muchos de los preceptos del Código de comercio recogen el acervo histórico de la compraventa de cosas que, aparte de contarse, pesarse o medirse, a veces también se prueban o gustan. En el art. 339 Ccom encontraba un ejemplo en el que la expresión «darse por satisfecho» plantea problemas de interpretación¹¹⁹⁶ y en el art. 334.2.º Ccom encuentro, de nuevo, coletazos de la antigua *degustatio*. El «examen» al que alude este último precepto es la traducción que realiza el codificador mercantil de tales antiguos supuestos; recepción también realizada por el codificador civil en el art. 1453 Cc¹¹⁹⁷ al que me referiré en su momento. Creo que este último precepto pone en evidencia que la referencia a la mora en el art. 1452.3 Cc, quizás presuponiendo en todo caso la participación del comprador en las operaciones de pesar contar o medir, es improcedente. El comprador participa, bien en la especificación de la mercadería que el vendedor pone después a su disposición, bien en la propia puesta a disposición cuando el pacto, integrado con los criterios pertinentes, o el uso

¹¹⁹⁵ Art. 337 Ccom: «Si no se hubiere estipulado el plazo para la entrega de las mercaderías vendidas, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato».

¹¹⁹⁶ Capítulo 1, III, 3, C).

¹¹⁹⁷ Art. 1453 Cc: «La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva».

aplicable así lo disponen. Si no, la puesta a disposición es solo deber del vendedor¹¹⁹⁸.

Queda por último dos cuestiones a mencionar, al menos, con brevedad: la naturaleza de esa participación del comprador y las consecuencias de su ausencia. En cuanto a su naturaleza, quizás se podría dudar si se trata de una carga del comprador-acreedor o un deber del comprador-deudor. Pero de la misma forma que ha de admitirse que la recepción constituye una obligación del comprador¹¹⁹⁹ y teniendo en cuenta que, actualmente, en el seno de dicha obligación se incluye la realización de aquellos actos que caben esperar del comprador para que el vendedor pueda entregar¹²⁰⁰, parece que es difícil no decir que nos encontramos ante una obligación de aquel.

En cuanto a las consecuencias de la ausencia de la participación del comprador, hay que señalar dos cosas. En primer lugar, no queda claro qué puede hacer el vendedor frente a la falta de cooperación; falta de cooperación, recordemos, no en la entrega sino en actuaciones previas. Nuestro Derecho codificado nada dice sobre el particular, el art. 1017 del Proyecto de 1836 da por «verificada» dicha participación –entiéndase, para sancionar la existencia de una vinculación contractual que antes de las operaciones de contar, pesar, medir o gustar no existiría, según dicho Proyecto, como norma– con expresa intención de conceder el remedio indemnizatorio al vendedor y la Ley de Partidas, junto a la apelación a este último remedio, permite en particular al vendedor que pese o mida el género para arrojarlo a la vía pública en caso de necesitar el lugar o recipientes de almacenamiento para otros menesteres y no encuentre otros donde guardar el género

¹¹⁹⁸ Dice de forma lacónica FENOY PICÓN, 1996, p. 103: «todos los escasos datos normativos que pueden manejarse, se dirigen a la misma solución: salvo disposición en contrario, la elección corresponde al deudor (vendedor)».

¹¹⁹⁹ Capítulo 1, III, 2, C).

¹²⁰⁰ Cfr. el art. 60.a) CVCIM que estudio en su momento.

del comprador¹²⁰¹. Carece nuestro Derecho de una norma como la del art. 65 CVCIM que permite al vendedor realizar por sí mismo la especificación, aunque se ha dicho que «tal vez» pueda apostarse por tal posibilidad en nuestro Derecho¹²⁰² y ello me parece una solución – junto a otros posibles remedios– razonable que permitiría al vendedor recurrir a la figura de la consignación; figura pensada para liberar al vendedor del pago que ofrece. Pero en el supuesto que analizo, insisto, todavía no se ha llegado al momento de ofrecer el pago.

En segundo lugar, y dado que considero que esta cooperación del comprador ha de configurarse como una obligación del mismo, su ausencia o retraso abandona el escenario del riesgo y conduce a la figura del incumplimiento y la *mora debitoris*. No obstante, teniendo en cuenta que la imputabilidad es requisito para la responsabilidad por mora y que es posible que la ausencia o retraso de la participación del comprador en la especificación o la puesta a disposición se deba a caso fortuito, tal situación habría de reconducirse –entiendo– a la figura de la *mora accipiendi*: pecha el comprador con el riesgo pero no por la aplicación de la normativa de la transmisión del riesgo en particular sino por aplicación de la figura de la *mora creditoris* en general; no es el escenario del riesgo *stricto sensu* porque este se desarrolla antes de cualquier retraso. El vendedor tendría abierta la vía a la consignación, como he señalado en el párrafo anterior, junto con el remedio resolutorio de darse sus requisitos¹²⁰³.

D) Nota

A la vista de todo lo anterior, se observa que no hay claridad en el art. 1452 Cc en general, ni en su párrafo tercero en particular¹²⁰⁴. Y

¹²⁰¹ La doctrina apela a la prudencia en el recurso a esta posibilidad. GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, 1874, p. 253; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, p. 307.

¹²⁰² FUENTESECA DEGENEFTE, 2010, pp. 194-195.

¹²⁰³ Art. 332 Ccom y art. 1505 Cc.

¹²⁰⁴ No puedo estar de acuerdo con quienes apuntan que la regla del art. 1452.3 Cc es la única clara del precepto –PUIG BRUTAU, 1982, p. 174; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1145; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 89–. Ya lo dice CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 341, que ha estudiado con

aunque se aprecie mayor limpieza en la letra del art. 1585 *Code*, no por ello la lista de dudas que le afectan es menor o distinta a las que surgen en sede del art. 1452.3 Cc. En Derecho francés, ya sea porque se considere que el riesgo se transmite cuando la cosa es determinada o, como refrenda la reforma de 2016, porque la propiedad sobre una cosa determinada se transfiere al comprador, la discusión sobre el momento en que se produce la especificación repercute, pues, en el momento de la transmisión del riesgo y la propiedad.

En efecto, para unos la determinación del género se produce de ordinario con la *tradition*¹²⁰⁵. También se ha dicho que solo se opera mediante la *délivrance*, sin que se pueda realizar con anterioridad, de forma que se confunde con la *livraison*¹²⁰⁶; de ahí que se afirme que el riesgo está a cargo del vendedor hasta que el comprador se encuentre en *demeure de prendre livraison*¹²⁰⁷. Otros apelan al momento de la *délivrance* para la especificación, reconociendo que también puede tener lugar antes –bien porque las cosas permanecen diferenciadas durante cierto tiempo en los almacenes del vendedor¹²⁰⁸, bien mediante una simple marca puesta por el vendedor sobre las mismas¹²⁰⁹–, aunque también se ha dicho que se trata de una operación preliminar que puede ser exigida cuando la *livraison* sea exigible¹²¹⁰ o que ambas no se confunden como norma sin perjuicio de que, de no haber individualización anterior, esta se produzca con la *livraison*¹²¹¹. Y esta compleja descripción con esas referencias a la *délivrance* o la *livraison* arrastra consigo la cuestión de saber si estos dos conceptos son sinónimos, si aluden a la mera puesta a disposición de la cosa como se suele afirmar¹²¹² –lo cual acentúa la diferencia de

detenimiento el apartado tercero: la redacción del art. 1452 Cc es «siempre desafortunada en sus tres párrafos».

¹²⁰⁵ LAURENT, 1878a, p. 271.

¹²⁰⁶ TROPLONG, 1845, pp. 106-107.

¹²⁰⁷ DURANTON, 1846c, pp. 112-113.

¹²⁰⁸ BEAUDANT, 1938, p. 117.

¹²⁰⁹ PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 12.

¹²¹⁰ BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 131.

¹²¹¹ MAZEAUD, 1963, p. 736.

¹²¹² Capítulo 1, IV, *in fine*.

la solución para la transmisión del riesgo que, en Derecho francés, toma como dato decisivo la determinación de la cosa a diferencia de lo que ocurre, en mi opinión, en Derecho español– o si se trata de su detentación material¹²¹³. Del mismo modo, para ciertos autores la individualización es siempre una operación contradictoria que requiere la presencia del comprador salvo pacto o uso contrario¹²¹⁴, otros consideran que no es precisa ni la intervención ni el acuerdo del comprador¹²¹⁵ y, conforme a otra opinión, se ha dicho que es necesario que el vendedor haga conocer válidamente la determinación al comprador¹²¹⁶.

Volviendo al Derecho español, recordaré de forma muy sucinta que, por mucho que se haya querido encontrar en el art. 1452.3 Cc un apoyo indubitado a la supuesta regla de la transmisión del riesgo desde la conclusión del contrato y sus consecuencias reconocidas pero no queridas, creo que el anterior análisis demuestra que la cuestión es más matizada. La fuerza de la supuesta interpretación *a contrario* puede ser rebatida y otra lectura del precepto es posible. En nuestra anomalía, la doble codificación del contrato de compraventa, está la oportunidad de encontrar las mismas soluciones para situaciones idénticas en preceptos de distinta factura. Y, como hemos visto, el concepto de la puesta a disposición, ausente en el Código civil pero presente en el Código de comercio, aparece con mayor o menor rigor en los análisis doctrinales del art. 1452.3 Cc.

DE COSSÍO Y CORRAL estaba cerca de tal conclusión. Aunque el autor deja fuera del art. 1452 Cc la compraventa genérica pura, no duda en extrapolar el criterio de la exigibilidad a este supuesto y apuntar lo que sigue: con la individualización de las cosas «no se producirá automáticamente el desplazamiento de los riesgos al comprador. Creemos que el único efecto que tal individualización produce en un

¹²¹³ BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 234.

¹²¹⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹²¹⁵ MAZEAUD, 1963, p. 736.

¹²¹⁶ TROPLONG, 1845, p. 56; quien parece contradecirse en la medida en que también apela al momento de la *livraison*.

principio, es el de convertir la venta genérica en venta específica, a la que habremos de aplicar desde entonces las normas generales acerca de la transmisión de los riesgos en la forma antes indicada. O lo que es lo mismo, que habrá que atender, hecha tal individualización, a si ha surgido o no con la individualización la obligación de entrega, pues sólo en el primer caso habremos de estimar, según la general doctrina, traspasados los riesgos al comprador». Y dicho esto, reintroduce en su discurso la confusa idea del retraso que no es preciso volver a rebatir aquí¹²¹⁷.

ALONSO PÉREZ critica la opinión del anterior autor. A su entender, mediante la especificación «las cosas quedan separadas de una masa, puestas a disposición del comprador (...). La individualización, en definitiva, no sólo se limita a unas operaciones físicas, de medir, contar o pesar, sino a que las mercancías queden en condiciones de pasar a la esfera patrimonial del comprador»; la especificación «traspasa automáticamente el riesgo al comprador convertido desde aquel momento en acreedor de cosa cierta y determinada»¹²¹⁸.

Constantes son mis citas al estudio del profesor salmantino, pero no se me escapa que no manejamos el concepto de la puesta a disposición de manera coincidente. En su crítica a la tesis de DE COSSÍO Y CORRAL, como en su tesis ya expuesta, se observa que, para el de Salamanca, esa puesta a disposición a la que alude tiene lugar antes de la exigibilidad cuando, en mi opinión, esto no es posible. La puesta a disposición puede tener lugar al mismo momento o después de la exigibilidad de la obligación de entrega, pero nunca antes. Lo que sucede es que ALONSO PÉREZ introduce en su discurso sobre el riesgo la idea del llamamiento a la adquisición; cuestión que le conduce a conclusiones distintas a las mías. Se roza así el asunto de la transmisión de la propiedad, aunque al mismo tiempo se diga que riesgo y propiedad son cuestiones distintas. Y, en efecto, lo son. Insisto en una idea recurrente: las normas sobre transmisión del riesgo

¹²¹⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, pp. 617-618.

¹²¹⁸ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 322-323.

miran a la obligación de entrega, no a la transmisión de la propiedad. Una cosa son los riesgos de la entrega y otra distinta los riesgos de la propiedad¹²¹⁹ y ello sin perjuicio de que quepa reconocer en la puesta a disposición del art. 333 Ccom una modalidad de *traditio*.

3. Compraventa *per aversionem*

A) Compraventa específica

La compraventa *per aversionem* se regula en el art. 1452.2 Cc y en el art. 1586 Code.

Art. 1452.2 Cc:

«Esta regla [la del párrafo anterior] se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida».

Art. 1586 Code:

«Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées».

Esta modalidad de compraventa no solo recae sobre una masa de géneros concreta y determinada, como la compraventa *ad mensuram*, sino que tiene *siempre* por objeto la totalidad de la masa considerada y se fija un solo precio para todo el conjunto: *universaliter uno pretio*, se lee en D. 18, 1, 35, 6; precio solo y alzado¹²²⁰ o fijado *à forfait*¹²²¹, se dice más recientemente. De ahí que este contrato también se denomine compraventa de cosas en conjunto o a la vista solamente, «ayuntadamente a vista», como afirma la Part. Quinta, Tít. V, Ley 25¹²²²; compraventa de un golpe¹²²³, por mayor, a la vista o a ojo¹²²⁴,

¹²¹⁹ Capítulo 4, IV.

¹²²⁰ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 731.

¹²²¹ HUC, 1897, p. 35; BAUDRY-LANCANTINERIE/SAIGNAT, 1900, p. 126.

¹²²² Part. Quinta, Tít. V, Ley 25:

en globo¹²²⁵, al montón¹²²⁶ o en bloque, como dice POTHIER¹²²⁷ y reproduce el *Code français*. En consecuencia, el género así considerado deviene *species certae*¹²²⁸ y una vez fijado el precio, se lee en las fuentes, se observa lo mismo que en las restantes compraventas –referencia a las cosas específicas, se entiende–; esto es, se perfecciona el contrato –D. 18, 1, 35, 5 a 6¹²²⁹– y se atribuye el

«Aviene a las vegadas, que algunas de las cosas que se podrian pesar, o medir, que las venden los omes ayuntadamente a vista, non las pesando, nin las midiendo; assi como quando vende vn ome a otro el vino de alguna bodega, o el olio de algund almalzen, o la vua de alguna viña, o otra cosa semejante. E porende dezimos, que despues que el comprador, e el vendedor, se auienen en el precio, sobre alguna de las cosas sobredichas, o otra semejante dellas, faziendo la vendida a vista, assi como sobredicho es, que si despues desso, se pierde, o se menoscaba, o encaresce la cosa que es assi vendida, que la pro, o el daño, es del comprador tan solamente». Tomo el texto de BERNÍ Y CATALÁ, 1767, pp. 48-49.

«Cuando se vendan algunas cosas en conjunto, á la vista solamente, sin pesarlas ni medirlas, como el vino de una bodega, el aceite de un almalzen, ó la uva de una viña, el daño ó provecho que venga después de convenir el precio, será del comprador». Tomo el texto adaptado de MURO MARTÍNEZ, 1881b, p. 122.

¹²²³ SALA, 1832, p. 260.

¹²²⁴ GUTIÉRREZ, 1825, p. 421.

¹²²⁵ SCÆVOLA, 1970a, p. 577.

¹²²⁶ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10242.

¹²²⁷ POTHIER, 1844b, p. 192.

¹²²⁸ FAUCHILLE, 1882, p. 70. Para ALONSO PÉREZ, 1972, p. 205, el grado de especificación en este supuesto es muy reducido. Pero a renglón seguido apunta que ya no hay *genus* como tal.

¹²²⁹ D. 18, 1, 35, 5 a 6:

riesgo al comprador –D. 18, 1, 62, 2¹²³⁰–. Lo reitera GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ¹²³¹.

El art. 1452.2 Cc ha mantenido de forma mucho más patente que el art. 1586 *Code* esa equiparación entre la compraventa *per aversionem* y compraventa de cosa específica, como delata la expresa remisión que el precepto realiza al art. 1452.1 Cc, destinado a estas últimas. Afirma GARCÍA GOYENA que «aquí nada hay de incierto ó indeterminado, ni en la cosa ni en el precio; se vende un todo, una sola cosa, por un solo precio; el contrato es perfecto bajo todos los aspectos, como si se vendiera un cuerpo cierto y determinado»¹²³². En idéntico sentido, señala LAURENT que el art. 1586 *Code* alude a una compraventa de cuerpo cierto y determinado cuyos efectos deben ser los mismos que los de toda compraventa de cosa determinada¹²³³.

(5) Respecto a aquellas cosas que constan por su peso, número o medida, como el trigo, el vino, el aceite, o la plata, unas veces se observa lo mismo que en las demás, de modo que la venta se considere perfecta cuando se convenga el precio; (...) Así pues, si se vende todo el vino, el aceite, el trigo o la plata, cualquiera que fuese la cantidad, por un precio único, valdrá el mismo principio que para las demás cosas. (...) (6) Por tanto, si se vende un rebaño, si es como totalidad, por un solo precio, la venta es perfecta desde que se convenga el precio; (...) (*Gai. 10 ed. prov.*)

¹²³⁰ D. 18, 1, 62, 2:

La cosa comprada como conjunto, si no existe dolo del vendedor, quedará a riesgo del comprador, aunque no haya sido entregada. (*Mod. 5 reg.*)

¹²³¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1877, p. 305: «Cuando las cosas no se venden por medida sino á ojo y por un precio, la venta queda perfecta desde el momento del contrato, y desde ese momento el riesgo, lo mismo que en las demas cosas, corre de cuenta del comprador. El caso es distinto del anterior [...]».

¹²³² GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 731. En este sentido, para DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 612, las cosas fungibles se han vendido como individualizadas.

¹²³³ LAURENT, 1878c, p. 142.

GAIUS libro decimo ad edictum provinciale § 5.-In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, (...). nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. (...) 6 Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: (...)

MODESTINUS libro quinto regularum. Res in aversione empti, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.

Pero la compraventa *per aversionem* cuenta con otra característica más que la singulariza. Explica BETTI que presenta cierto elemento de alea, pues el vendedor no garantiza la presencia de ciertas cualidades o la ausencia de ciertos vicios y el comprador acepta el conjunto en el estado en que objetivamente se encuentra¹²³⁴. ZIMMERMANN ejemplifica la función económica que la compraventa *per aversionem* pudo tener en el pasado. Repara el autor que bajo esta modalidad de contratación era posible adquirir grandes cantidades de vino barato para esclavos, a pesar de su adulteración¹²³⁵. De hecho, en D. 18, 1, 35, 5 se alude a la compraventa de vino, aceite, trigo o plata por un precio único *quantumcunque esset*; «cualquiera que fuese la cantidad».

El dato no debe ser ajeno a nosotros. Está presente entre los comentaristas españoles, al menos desde una perspectiva histórica¹²³⁶, y los trabajos preparatorios del *Code* compilados por FENET dan cuenta de la función económica de esta modalidad de compraventa. FAUVRE explica que la venta en bloque es perfecta tan pronto como las partes contratan. El comprador consiente implícitamente a tomar las cosas sin verificación; se trata de un «riesgo» que quiere correr. Si hay más de lo esperado lo disfrutará y si hay menos soportará la pérdida¹²³⁷.

No obstante, hasta donde he podido comprobar, ninguna atención se presta a este dato en los comentarios al art. 1452 Cc¹²³⁸ y los arts.

¹²³⁴ BETTI, 1956, p. 184.

¹²³⁵ ZIMMERMANN, 1996, p. 286.

¹²³⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, 1869, p. 288, explica que se fija un precio general independientemente de la mayor o menor cantidad de las cosas. Señala DOMINGO DE MORATÓ, 1877, p. 412, que el comprador acepta las cosas desde luego sin referirse a su peso, número o medida.

¹²³⁷ FENET, 1836b, p. 153. FAUVRE añade que el comprador deviene propietario desde el instante de la compraventa; lo cual no podría producirse en la compraventa *ad mensuram*.

¹²³⁸ Lo menciona SOTO NIETO, 1965, p. 171: en el supuesto del art. 1452.2 Cc, se vende una cosa «sea cualquiera su cantidad o extensión»; el dato resulta «indiferente». Pero el autor, con esta precisión, tan solo quiere remarcar que nos encontramos ante una cosa específica, con las consecuencias que de ello se derivarían, en su opinión, para la cuestión del riesgo. Nada más.

1585 y 1586 *Code* y, en consecuencia, se ha creído ver cierto solapamiento entre la compraventa *ad mensuram* y *per aversionem*.

B) Confusión y solapamiento entre las compraventas ad mensuram y per aversionem

Como adelantaba, en esa inercia incuestionada de que el dato decisivo para la transmisión del riesgo es, por unas razones u otras, la especificidad –ya originaria ya sobrevenida– de la cosa, la doctrina se cuestiona sobre el porqué de la diferencia entre la compraventa *per aversionem* y *ad mensuram* en su modalidad de compraventa específica; por qué en la primera el carácter específico es –supuestamente– suficiente para la transmisión del riesgo al comprador desde el momento de la conclusión del contrato mientras que en la segunda es necesario algo más¹²³⁹. La polémica adopta un cariz diferente en España y en Francia. Mientras la doctrina española –sin apartarse de los antecedentes– tan solo muestra extrañeza por la diferencia¹²⁴⁰, la doctrina francesa discute si el supuesto de compraventa de todo un género limitado, que también se ha de pesar, contar o medir, se rige por el art. 1585 o el art. 1586 *Code*.

POTHIER asume la diferencia sin objeción alguna: en la compraventa *ad mensuram* de todo un conjunto, la compraventa no es perfecta en el sentido de que el riesgo no es del comprador porque, hasta la medición, pesaje o numeración, *non apparet quantum venierit* –siguiendo esa idea de que no se conoce la exactitud del todo– y, al estar el precio fijado con base en tales operaciones, todavía no hay precio determinado. En la compraventa *per aversionem*, venta de un

¹²³⁹ En su análisis de las fuentes, TALAMANCA, 1993, p. 457, también se cuestiona por qué la aplicación del esquema de la *perfectio emptionis* lleva a una diferenciación en el reparto del riesgo en la venta *per aversionem* y en la *ad mensuram* de todo un género; diferencia que, según el autor, no se justifica con base en la estructura y a la función económico social del concreto contrato.

¹²⁴⁰ Otra cosa es que, como he explicado, algunos autores no tengan claro qué supuestos acoge el art. 1452.3 Cc. Pero ello se debe a la factura del precepto, no a dudas que traigan causa de una comparación entre sus párrafos segundo y tercero.

bloque por un solo precio, el contrato es perfecto desde la celebración del contrato y el riesgo corresponde al comprador¹²⁴¹.

Se comprenderá que tome distancia de la argumentación del autor. Pero en este instante no pretendo retomar la crítica, sino remarcar que el jurista se limita a establecer unas reglas «de interés» para saber cuándo la compraventa de un todo se hace *ad mensuram* o *per aversionem*¹²⁴²; reglas que –coincidentes en todo o en parte con las del jurista francés– también formula nuestra doctrina ante lo dudoso que puede ser la diferencia entre ambas modalidades de compraventa en diversas hipótesis y las consecuencias a sustraer a efectos del riesgo¹²⁴³. Ya lo decía GARCÍA GOYENA: el supuesto de la

¹²⁴¹ POTHIER, 1844b, pp. 191-192.

¹²⁴² Regla primera: no es dudoso que la venta se hace a medida cuando el precio está expresamente convenido para cada medida, independientemente de que el contrato disponga la compraventa de tantos toneles de trigo que se encuentran en tal granero a razón de tanto por tonel o establezca la compraventa de todo el trigo de este granero que contiene diez medidas a razón de tanto la medida. En todos estos casos, la venta está hecha a medida. La diferencia es que, en el primer caso, el exceso de lo que se encuentra en el granero no ha sido vendido, mientras que en el segundo caso se vende todo el trigo, aunque haya más de diez medidas. Regla segunda: cuando se venden tantas medidas de tal cosa, la venta no deja de considerarse hecha a medida, aunque los términos del contrato solo expresen un precio. Como si se dice que se vende diez medidas de trigo por tal precio total. Regla tercera: cuando se vende por un solo precio, no tantas medidas de tal cosa, sino tal cosa que se dice tener tantas medidas, la venta es *per aversionem*, como cuando que se dice que se vende por tanto un determinado terreno que aseguro que tiene veinte acres. La cosa, desde la conclusión del contrato, está a riesgo del comprador. La expresión del número de acres no tiene otro efecto que obligar al vendedor frente al comprador de la falta de *contenance* si resultan menos. *Ibidem*, pp. 192-193.

¹²⁴³ Para SOTO NIETO, 1965, p. 172, los siguientes tres casos se rigen por el art. 1452.3 Cc. Primero: «venta de cierta cantidad de género, cuyo precio total ha de deducirse teniendo en cuenta el resultado de la operación de peso, recuento o medición, conociéndose el precio de cada unidad. Ejemplo: venta de sesenta kilogramos de trigo de los guardados en el granero a diez pesetas el kilogramo». Segundo: «venta de una masa global de género, cuyo valor conjunto ha de saberse tras haberse pesado, contado o medido, puesto que se convino sólo el precio de cada unidad. Ejemplo: venta de *todas* las naranjas almacenadas en una dependencia, a seis pesetas la docena». Tercero: «venta de una determinada extensión o volumen de género, con precisión de su peso, número o medida, e indicación de su precio global y conjunto. Ejemplo: venta de seis arrobas de vino del guardado en la bodega, por dos mil pesetas, o de seis fanegas de tierra por cincuenta mil pesetas. Aunque, en principio, pudiera pensarse que nos hallamos ante una venta hecha alzado, ha de reflexionarse que el precio total establecido lo ha sido, sin duda, en función de la extensión o cantidad del género enajenado,

compraventa de un todo «fue muy disputado entre los interpretes del Derecho Romano, y no aparece enteramente claro en el Patrio»¹²⁴⁴.

No he de pasar por el tedio (ni he de someter al lector a ello) de analizar una por una estas reglas, criticándolas, corrigiéndolas, ampliándolas, reduciéndolas o aclarando eventuales dudas o realizando posibles interpretaciones de lo que cada autor quería decir con esta u otra precisión; de ahí que me limite a reproducirlas en nota. El criterio por el que he apostado para la transmisión del riesgo, la regla de la puesta a disposición, me permite soslayar tal incomodidad. En Derecho español, no son datos decisivos para la transmisión del riesgo ni la determinación de la cosa ni si el precio se ha fijado de esta u otra manera.

Pero los autores franceses –aferrados al dato de que la especificación de la cosa es suficiente para la transmisión del riesgo o, como ahora ya no deja duda la reforma de 2016, conminados por el sistema de que la transmisión de la propiedad de una cosa determinada implica también la del riesgo– o bien se encuentran con dificultades para justificar la aplicación de los arts. 1585 y 1586 *Code* conforme a la antigua doctrina que diferencia la compraventa *ad mensuram* y *per aversionem* en los términos ya expresados¹²⁴⁵, o bien consideran que

señalándose anticipadamente el total del valor sobre la base de una inteligencia en el precio de la unidad». Según el autor, el siguiente supuesto se regula por el art. 1452.2 Cc: «venta de un conjunto de género de límites precisos, en la que se hace indicación de su cantidad, peso o extensión, pero de un modo secundario o accidental, trasluciéndose que el precio no está en función del número de unidades, sino del todo objeto del contrato. Ejemplo: venta de una parcela de terreno de doscientos metros cuadrados, por treinta mil pesetas. Creemos que nos hallamos ante la hipótesis del párrafo segundo del artículo 1452. Con más razón todavía si se omitió toda alusión a cantidad o número. Ejemplo: venta de todas las patatas cosechadas guardadas en el almacén, por precio de veinte mil pesetas».

¹²⁴⁴ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 731. Precisa el autor que nos encontramos ante una compraventa *ad mensuram* «aunque materialmente suene un solo precio, si además se ha expresado el número, peso ó medida de la cosa; por ejemplo: “te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales”; pues se reputa este precio como el total ó suma del que se ha dado á cada fanega».

¹²⁴⁵ En cambio, no parece ver tales dificultades LAROMBIÈRE, 1857a, p. 447, que incluye ambas modalidades de la compraventa *ad mensuram* en el art. 1585 *Code* sin cuestionamiento alguno. Tampoco las aprecia FAUVRE en su Informe de 3 de marzo de 1804, acaso porque

la venta de todo un conjunto –cosa específica por tal circunstancia– se regula por el art. 1586 *Code* independientemente de la forma en que se haya establecido la fijación del precio.

Quienes abogan por comprender la venta de todo un conjunto aun a medida en el art. 1585 Cc, no ofrecen argumentos que puedan considerarse técnicamente admisibles ni siquiera conforme a esa idea, formulada desde antiguo, de que sin la determinación del precio –mediante la numeración, pesaje o medición– la compraventa no alcanza su perfección.

Algunos dicen que la compraventa es «en cierto sentido» condicional. Hasta la realización de tales operaciones no se sabe con precisión lo que se ha vendido ni su precio; puede haber más o menos de lo que las partes han pensado. Ese hecho futuro, la medición, hace condicional la compraventa¹²⁴⁶. El contrato es perfecto en el sentido de que se ha celebrado –se añade–, pero no es perfecto a efectos de transmitir la propiedad y los riesgos; la perfección está en suspenso. Y con elocuencia se afirma que es falso que la cosa sea lo suficientemente determinada como para transmitir el riesgo. En esta modalidad de contrato se anuncia que el comprador trata el conjunto como cantidad, no como cuerpo cierto: quiere penetrar en el continente, divisarlo en partes y destruir el bloque. Se debe cumplir la condición¹²⁴⁷. Pero la apelación al carácter condicional del contrato –que estos autores aplican tanto a la compraventa *ad mensuram* de parte del bloque como de la totalidad– no es correcta. Proviene de la lectura de un fragmento recogido en D. 18, 1, 35, 5¹²⁴⁸ que no pueden extrapolarse en su

parece reservar la modalidad de compraventa *ad mensuram* al supuesto en que las mercaderías no están determinadas (FENET, 1836b, p. 153).

¹²⁴⁶ DURANTON, 1846c, p. 112.

¹²⁴⁷ TROPLONG, 1845, pp. 88-103. También HUC, 1897, pp. 34-35, señala que en este contrato la importancia del conjunto no se ha expresado. Pero en la compraventa del art. 1586 *Code*, donde el precio se fija *à forfait*, la importancia de la masa vendida se encuentra así indicada.

¹²⁴⁸ D. 18, 1, 35, 5:

literalidad al Derecho vigente, ni francés ni español¹²⁴⁹. La compraventa es pura y simple¹²⁵⁰. No hay ninguna duda sobre su eficacia, sino que nos encontramos ante «un simple aspecto del *iter negocial*»¹²⁵¹; como ya he explicado, un deber del vendedor.

Otras opiniones que pretenden encajar esta modalidad de compraventa en el art. 1585 *Code*, pero niegan su carácter condicional, observan que «*il manque quelque chose à la vente*» aunque la cosa sea determinada. Falta un elemento esencial del contrato: el precio, sin el cual la compraventa no puede existir. De ahí que el contrato no sea perfecto hasta la realización de la numeración, pesaje o medida; no hay compraventa. Si bien también se señala que sí es perfecto en el sentido de que ya han nacido las respectivas obligaciones de las partes¹²⁵². Estos razonamientos no se sostienen y su contradicción es evidente. Poco más hay que añadir.

GAIUS libro decimo ad edictum provinciale
 5 (...) *Sabinus et Cassius tunc perfici*
emptionem existimant, cum adnumerata
admensa adpensave sint, quia venditio quasi
sub hac conditione videtur fieri, ut in
singulos metretas aut in singulos modios
quos quasve admensus eris, aut in singulas
libras quas adpenderis, aut in singula
corpora, quae adnumeraveris.

(5) (...) Sabino y Casio estiman que se perfecciona la compra cuando se numeran, se miden o se pesan, porque la venta parece realizada bajo esa condición, <para que recaiga sobre cada una de las ánforas> o de las metretas o modios que hubieses medido, o sobre las libras que hubieses pesado o los objetos singulares que hubieses contado.

¹²⁴⁹ De forma aislada en nuestra doctrina, SCÆVOLA, 1970a, p. 582, considera que el art. 1452.3 Cc recoge una verdadera condición. En contra, BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 173. Crítico con la aplicación de la figura de la condición en este ámbito, señala ALONSO PÉREZ, 1972, p. 318, en nota, que ni siquiera Gayo o sus maestros pensaron que se trataba de una condición propiamente dicha, sino de «una situación que, por analogía (*quasi*) con la condición, impedía la aparición de la *emptio perfecta*».

¹²⁵⁰ LAURENT, 1878c, p. 139.

¹²⁵¹ ALONSO PEREZ, 1972, p. 318.

¹²⁵² BAUDRY-LANCANTINERIE/SAIGNAT, 1900, pp. 126-130. Con anterioridad, HUC, 1897, pp. 32-34, también recurre a la idea de la ausencia de un elemento de validez de la compraventa. GÓMEZ DE LA SERNA, 1869, pp. 288, también sostiene que mientras haya un precio indeterminado, falta de un requisito esencial del contrato.

Mayor coherencia con la importancia concedida al dato de la especificación de la cosa¹²⁵³ presentan aquellos autores que consideran que el art. 1585 *Code* ha de quedar reservado para los casos en que realmente la cosa sea indeterminada de forma que, en las compraventas a peso, número o medida que recaigan sobre la totalidad de un género limitado, el riesgo debería corresponder al comprador (art. 1586 *Code*). Algún autor se limita a señalar que este debería ser el criterio a seguir, pero no desconoce la autoridad de POTHIER y el hecho de que, en realidad, el art. 1585 *Code* pone los riesgos a cargo del vendedor en tal supuesto¹²⁵⁴. Otros en cambio, consideran que la compraventa de todo un género es propiamente –y en todo caso– una compraventa en bloque que ha de regirse por el art. 1586 *Code*, de forma que el riesgo es inmediatamente transmitido desde la conclusión del contrato al comprador porque la cosa es un cuerpo cierto. Poco importa si el precio ha de concretarse con el pesaje, numeración o medida¹²⁵⁵, o si se establece una cifra global. Y esto es así a pesar de la dificultad que, tras el perecimiento, pueda suponer la determinación del precio cuando se desconoce la exactitud del conjunto; dificultad de prueba que corresponde al vendedor superar¹²⁵⁶.

C) Particularidad en la configuración de las contraprestaciones

La trascendencia que esta discusión puede tener en Derecho español es en mi opinión inexistente tras el estudio conjunto del art. 1452.3 Cc

¹²⁵³ Aunque incoherente del todo es para mí el criterio de DELVINCOURT, 1824b, p. 122. Primero dice que, cuando se vende el conjunto a tanto la medida, hasta que no se sepan cuantas medidas contiene el bloque, no se puede exigir ningún precio al comprador; de ahí que afirme que su obligación existe pero que es nula a causa de la incertidumbre. Pero en cambio, si se venden veinte medidas de una cantidad mayor del trigo que se encuentra en un granero y después se quema la totalidad, como el incendio ha consumido sin duda el trigo que era objeto de la venta, el riesgo corresponde al comprador en opinión del autor.

¹²⁵⁴ LAURENT, 1878c, pp. 140, 144-145.

¹²⁵⁵ GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 607; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER/MOREL-MAROGER, 2012, p. 161, insisten que esto es así porque la propiedad puede ser transmitida.

¹²⁵⁶ BEUDANT, 1938, pp. 116-117; PLANIOL/RIPERT, 1956, pp. 372-374; MAZEAUD, 1963, p. 737.

y las previsiones concordantes del Código de comercio y la lectura *a pari* de los tres párrafos del art. 1452 Cc expuesta en su momento¹²⁵⁷. No obstante, cierta presencia ha tenido entre la doctrina española que, teniendo en mente la incuestionada regla de la transmisión del riesgo desde el momento de la conclusión del contrato cuando la cosa es determinada, observa con cierta extrañeza que la compraventa *per aversionem* y *ad mensuram*, en su modalidad de compraventa específica, atienden supuestamente a dos momentos distintos para la transmisión del riesgo.

CAFFARENA LAPORTA, que acoge esa denominación –a mi entender, fruto de una errónea mezcolanza– de «compraventa en bloque con precio *ad mensuram*», considera que la incardinación de este supuesto en el art. 1452.3 Cc, dando cabida a la aplicación de la máxima *periculum est venditoris*, constituye una excepción a la regla de los riesgos en materia de compraventa y una aplicación de los principios reguladores del *periculum obligationis* en las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Para el autor, son deficientes los argumentos de aquella doctrina francesa que pretende aplicar a este supuesto el art. 1585 y no el art. 1586 *Code*. Así, se ve persuadido a sostener que las razones que fundamentan la admisión de la máxima *periculum est emptoris* como regla general en nuestro ordenamiento jurídico no son óbice para que «la compraventa en bloque con precio *ad mensuram*» quede sujeta a ella. Otra cosa –añade el autor– es que no se considere la solución adecuada y prefiera acudir, como parece más lógico, a criterios como el del art. 1124 Cc. Pero en este caso –apunta– habría que abogar por una reforma de la regulación del riesgo para adaptarla a las reglas generales sin que sea correcto apoyarse en la conveniencia de reducir los supuestos de aplicación de la regla general del *periculum est emptoris*¹²⁵⁸.

Nos encontramos ante reflexiones muy asentadas entre nuestra doctrina. Pero como he tratado de argumentar, en el art. 1452 Cc no

¹²⁵⁷ Capítulo 1, III, 2, B).

¹²⁵⁸ CAFFARENA LAPORTA, 1982, p. 343.

hay reglas y excepciones como las que formula el autor ni la regla *periculum est emptoris* entra en aplicación, sin más, desde la conclusión del contrato; de ahí que, como decía, aunque la regla de la transmisión del riesgo sí limita en cierta medida la aplicación de los principios que rigen las obligaciones bilaterales, no los llega a quebrantar estos con toda esa tosquedad que se le atribuye.

Por su parte, MOREU BALLONGA sostiene que la razón decisiva que permite diferenciar los apartados segundo y tercero del art. 1452 Cc es el carácter específico o genérico de la compraventa que, en uno y otro caso respectivamente, presume el legislador. No obstante, señala el autor –de nuevo, haciendo uso de una terminología para mí inasumible– que en aquellas compraventas «hechas “aisladamente” con precio fijado *ad mensuram*» sería posible imputar el perecimiento al comprador producido *ante mensuram* y antes de haberse fijado el precio; sería posible –razona– hacerle pagar un precio aproximado, o incluso exacto en muchos casos, a partir de los despojos de las cosas percidas. Entraría en juego la aplicación de la regla *periculum est emptoris* obligando al comprador «a pagar un precio calculado *a posteriori* a base de, simplemente, contar los pollos o los cerdos ahogados o muertos por la epidemia en el concreto corral, o de calcular, mediante peritaje, la cantidad de trigo que habría en el granero a partir de las cenizas residuales del incendio...». El precio a fijar con la medición, pesaje o numeración –argumenta el autor– al final es cierto y la dificultad para determinarlo *a posteriori* no es más que una dificultad de prueba. Y con base en tales razonamientos, considera que si la interpretación del negocio hiciese caer la presunción del legislador y mostrase con claridad el carácter específico de la venta, «la no realización de la *mensura* no debería privar al vendedor del derecho al precio sin contraprestación por su parte, porque, aunque de discutible razonabilidad, tal es la regla que admitimos como vigente en cuanto al tema de los riesgos en la compraventa» (párrafos primero y segundo del art. 1452 Cc)¹²⁵⁹.

¹²⁵⁹ MOREU BALLONGA, 1985, pp. 15-16.

Se observa de nuevo la inercia de asumir como incontrovertido lo que, no obstante, se considera anómalo: la transmisión del riesgo al comprador desde la conclusión del contrato de compraventa específica. Al contrario de lo que dice el autor, creo haber demostrado que aquí ni existe tal regla, ni nos encontramos ante ningún tipo de presunción como las que plantea en un sentido u otro. Y da igual que el peritaje más sofisticado pueda determinar con exactitud el precio del género, de la misma forma que sería indiferente conocer desde un comienzo la exactitud del género en su número, peso o medida y su valor. En todo caso, se precisa la puesta a disposición. La interpretación del negocio puede conducir a una solución distinta en el caso concreto, pero tal interpretación no ha de encaminarse –como dice el autor– a determinar si nos encontramos ante una compraventa específica o genérica para sustraer de este dato alguna implicación para el riesgo, porque no se trata de eso. Lo decisivo no es el carácter específico o genérico de la cosa, sino que el vendedor haya hecho todo lo que le incumbe para cumplir su obligación de entrega.

A mi entender, la particularidad de la compraventa *per aversionem* no se encuentra en el momento en que se transmite el riesgo. De nada vale que en este momento focalice mi atención en la apariencia de la norma, en ese acercamiento del art. 1452.2 Cc al párrafo primero del precepto y su alejamiento respecto del párrafo tercero, porque hemos hecho converger los tres párrafos del art. 1452 Cc en la misma regla. La estructura del precepto carece ya –al menos para mí– de particular trascendencia. Y acaso parece un vacío formalismo decir que la distinción los dos tipos de casos en que se compra todo un género delimitado se justifica porque en uno –art. 1452.2 Cc– el precio ya está determinado mientras que en el otro –art. 1452.3 Cc– pendiente por determinar.

En realidad, la particularidad de esta modalidad de compraventa se encuentra en la forma en que se configuran las contraprestaciones. La referencia a la compraventa de todo un género «hecha aisladamente y por un solo precio» del art. 1452.2 Cc pone de manifiesto una doble renuncia: la renuncia del comprador a una cantidad o calidad de

género que acaso en otro supuesto podría haber exigido pero que aquí el vendedor no garantiza, a cambio de la renuncia de este último a un precio que, en otro caso, de ser la garantía mayor, podría haber exigido. Y la dificultad del supuesto, como he señalado anteriormente, consiste en determinar que hasta el momento de la puesta a disposición hay parte del riesgo que asume el vendedor y otra parte que asume el comprador¹²⁶⁰.

En la medida en que la transmisión del riesgo en el momento de la puesta a disposición supone reconocer la existencia de un periodo previo en el que el riesgo corresponde al vendedor pero, al mismo tiempo, en la compraventa *per aversionem* el comprador renuncia a una determina cantidad o calidad de la cosa, la dificultad radica en determinar exactamente qué se ha garantizado y qué no; qué riesgo en la falta de cantidad o calidad asume el comprador y qué riesgo de dicha falta asumen el vendedor en ese período previo a la puesta a disposición.

Si antes decía que el art. 1585 *Code* es más claro en la regulación de la antigua compraventa *ad mensuram* que el art. 1452.3 Cc, mayor claridad se observa –a mi entender– en el art. 1452.2 Cc que en el art. 1586 *Code*. El precepto español refleja con mayor fidelidad la función económica de la compraventa *per aversionem* que justifica, en su día, su consolidación como modalidad particular de contrato. Nótese que nuestro Código de comercio, sin embargo, no ha recogido expresamente este supuesto. Ello no es una falta que lamentar. La regla de la puesta a disposición es aplicable a toda compraventa, incluida aquella en la que el comprador asume un mayor riesgo de la prestación¹²⁶¹.

¹²⁶⁰ Capítulo 1, III, 2, B).

¹²⁶¹ VICENTE Y CARAVANTES, 1850, p. 158, al comentar los arts. 366 y 367 Ccom de 1829 –antecedentes de los arts. 333 y 334 Ccom actual– señala que el comprador puede renunciar a la numeración, pesaje o medida y, en tal caso, «los perjuicios correrán por su cuenta». Habla de la renuncia del comprador a la «facultad» de contar, pesar o medir. Parece que se inclina por el carácter bilateral de tales operaciones.

III. COMPRAVENTA CONDICIONAL

1. Compraventa sujeta a condición suspensiva

El Código civil no perfila con todo el rigor que cabría esperar el impacto de la condición suspensiva sobre el negocio al que se adhiere en general y la obligación y el derecho a los que concierne en particular. El cumplimiento de la condición afecta a la exigibilidad de la obligación, señala el art. 1113.1 Cc¹²⁶², subordina la adquisición de los derechos, dice el art. 1114 Cc¹²⁶³, y suspende la eficacia de aquella, apunta el art. 1122 Cc¹²⁶⁴. Esta variedad de conceptos, así como el criterio de voces autorizadas de la época previa a la codificación según las cuales hasta el cumplimiento de la condición nada se debe, sino que tan solo hay una esperanza de que algo será debido¹²⁶⁵, ha propiciado que algunos pronunciamientos doctrinales atinentes a la virtualidad de la condición suspensiva oscilen con confusión entre la existencia y la inexistencia del negocio y/o la

¹²⁶² Art. 1113.1 Cc: «Será exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren». Parte de la doctrina entiende que, con la mención disyuntiva al suceso futuro o incierto, el legislador pretende contraponer la obligación pura tanto a la condicional como a la sujeta a término o plazo. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 365; HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 50. No obstante, acaso desmentiría tal idea el art. 1030 del Proyecto del Código civil de 1851, que solo alude a la obligación condicional y utiliza la misma disyuntiva. No es preciso entrar aquí en la crítica al uso de la conjunción «o». Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 124, entiende que el precepto solo alude a la condición y no al plazo. Respecto al ya derogado art. 1181 *Code*, y según el cual hasta el cumplimiento de la condición suspensiva «*l'obligation ne peut être exécutée*», la doctrina critica su letra en cuanto parece no diferenciar entre la condición y término. DELVINCOURT, 1824a, 482; DURANTON, 1846b, p. 85; LAURENT, 1878b, p. 107. Importantes diferencias entre ambos se producen, como se verá, a efectos de la transmisión del riesgo. *Vid.* Capítulo 3, VII.

¹²⁶³ Art. 1114 Cc: «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición».

¹²⁶⁴ Art. 1122 Cc: «Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar (...)».

¹²⁶⁵ POTHIER, 1844a, p. 218. Para el Derecho romano, se reconoce la eficacia jurídica del contrato y la existencia de una legítima expectativa de las partes *pendente condicione*. En este sentido, WINDSCHEID, 1902, p. 357; SERAFINI, 1906a, pp. 227-228; FERRINI, 1953, p. 133; ARCHI, 1962, p. 40; BIONDO, 1965, p. 198. De opinión contraria, PEROZZI, 1928a, p. 162.

obligación a los que atañe¹²⁶⁶. Pero tales planteamientos han de ser rechazados.

Conforme a otras opiniones mejor orientadas, la condición afecta al pleno desenvolvimiento de la relación establecida; a su plena eficacia. Pero no se puede decir que en su fase de pendencia no se produzca efecto alguno¹²⁶⁷ porque el negocio ya es perfecto (léase ya está concluido): «mientras no se realiza el evento previsto como condición suspensiva, el negocio sometido a ella no engendra aún la nueva situación jurídica que la Ley vincula al tipo de negocio a que aquél pertenece [sus efectos típicos], pero puede producir otros efectos, provisionales y preliminares, encaminados a hacer posible el orden de intereses concebido una vez que la condición se cumpla»¹²⁶⁸. En definitiva, «la relación obligatoria condicional existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada»¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ SCÆVOLA, 1957, pp. 746 y 749, afirma que la condición no crea el derecho ni la obligación, pues la existencia de estos depende de la prestación del consentimiento, sino que afecta a su efectividad y suspende su exigibilidad. Pero añade que el derecho y la obligación no llegan a existir realmente como tales; nada se debe ni nada se puede pedir. No obstante, el autor vuelve a precisar que sí existe un vínculo entre las partes que produce no pocos efectos, aunque el deudor no sea propiamente deudor ni el acreedor pueda exigir el deber. A mi entender, con similar confusión, MANRESA Y NAVARRO, 1967, pp. 359 y 367, sostiene que la condición repercute en la exigibilidad de la obligación, pero también apunta que de su cumplimiento depende el surgimiento de la obligación; el vínculo de derecho no llegaría a aparecer.

¹²⁶⁷ Como apunta Díez-PICAZO, 2008a, p. 403, el bloque normativo dispuesto en los arts. 1113 a 1123 Cc establece un elenco de las diferentes funciones que la condición desempeña cualquiera que sea la proyección que ejerza en el negocio: «1.ª La condición supone una demora en la vigencia de la reglamentación negocial, que sólo entra en vigor cuando la condición se cumple. 2.ª La condición deja en pendencia la adquisición de los derechos, previstos en la estructura jurídico-obligacional, así como la de las obligaciones o deberes que sobre las partes se impongan. 3.ª La condición determina únicamente el momento a partir del cual las obligaciones y los derechos son exigibles. 4.ª La condición hace depender solamente el juego a la eficacia [sic] de algunos de los derechos y de las obligaciones de las partes. 5.ª La condición puede introducir variantes en la reglamentación negocial, estableciendo regulaciones diferentes para cada uno de los supuestos posibles».

¹²⁶⁸ MONTÉS PENADÉS, 1989, pp. 1039-1041.

¹²⁶⁹ Díez-PICAZO, 2008a, p. 409; quien precisa que el acreedor es titular de un derecho, aunque eventual, y no de una simple expectativa, como demuestra la protección que recibe y la posibilidad de transmitirlo *inter vivos* y *mortis causa*. Otra posición en LACRUZ BERDEJO ET

Lo que de las anteriores explicaciones ha de extrapolarse a la cuestión del riesgo en el contrato de compraventa resulta evidente en la medida en que la condición suspensiva paraliza la ejecución de la obligación de entrega. La fase de pendencia abre un período de tiempo que impide la transmisión del riesgo al comprador y durante el cual entra en juego la máxima *periculum est venditoris*. Se pone así en evidencia una lógica de reparto del riesgo entre comprador y vendedor que se articula sobre la transmisión de dicho riesgo al comprador. Pero he de decir que, en mi opinión, el momento de la transmisión del riesgo al comprador no se regula *como tal* en los preceptos atinentes a las condiciones en general ni el art. 1122 Cc en particular, que enseguida transcribiré, sino en el art. 1452 Cc.

Ese automatismo que se atribuye al cumplimiento de la condición suspensiva¹²⁷⁰, y en virtud del cual el negocio comienza a desplegar sus efectos propios, no alcanza a la transmisión del riesgo. El cumplimiento de la condición no conlleva la imputación del riesgo al comprador desde tal instante, aunque así se ha afirmado¹²⁷¹, según

AL. / DELGADO ECHEVERRÍA, 2005, p. 215: en el negocio celebrado *sub condicione* las partes tienen una «simple expectativa» a las posiciones jurídicas que se han de derivar para ellos del negocio si este, ya perfecto desde su celebración, llega a ser plenamente eficaz. Con acierto, señalan estos autores que la denominación de «elementos accidentales del negocio» dada a la condición el término o plazo solo es correcta en el sentido de que pueden ser introducidos o no en el negocio a voluntad de los interesados; pero una vez introducidos, son constitutivos del negocio y por ello *esenciales* respecto del mismo. En la doctrina francesa, LAURENT, 1878b, pp. 106-107, niega que el *Code* haya seguido la doctrina de Pothier. No hay duda sobre la existencia de la obligación, dice el autor. En efecto, existe y produce un derecho eventual, no una mera esperanza. En contra, DELVINCOURT, 1824a, p. 482. Otros autores no escapan de esa inercia de fluctuar la entre la existencia o inexistencia de la obligación durante la fase de pendencia. MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 842, afirma que la condición incide en la existencia de obligación; suspende el nacimiento de la obligación. Aunque también apunta que el acreedor es titular de un derecho eventual que produce ciertos efectos (medidas conservatorias y la posible transmisión de tal derecho).

¹²⁷⁰ MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1097; LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 462; CARRASCO PERERA, 2013, pp. 8165-8166.

¹²⁷¹ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 170, dice: cumplida la condición «se borra toda situación de transitoriedad entre la declaración de voluntad y el cumplimiento de la condición y se procede a la soldadura de ambos períodos (...). En una palabra, la compraventa deviene incondicionada, lo que permite la aplicación de las reglas del riesgo relativas a la venta pura y simple». Le sigue ALONSO PÉREZ, 1972, p. 323: «si la condición se cumple la compraventa

quedó plasmado en nuestro Derecho histórico¹²⁷² siguiendo una consolidada enseñanza procedente del Derecho romano conforme a la cual la verificación de la condición determina la perfección de la compraventa y la aplicación del axioma *periculum est emptoris*¹²⁷³. Aparece de nuevo la referencia a la perfección del contrato en sede de condiciones; pero ese término, si se quisiese utilizar hoy en día para tratar la cuestión del riesgo¹²⁷⁴, como hacía POTHIER¹²⁷⁵, no se puede identificar con la conclusión de la compraventa condicional¹²⁷⁶, ni tampoco con el mero cumplimiento de la condición¹²⁷⁷.

deviene plenamente eficaz produce todos sus efectos, incluso los nocivos, como la imputación del riesgo al comprador». También ÁLVAREZ VIGARAY, 1993, p. 92.

¹²⁷² Como se observa, la Part. Quinta, Tít. V, Ley 26 toma como punto de referencia el cumplimiento de la condición:

«Condicion seyendo puesta en la vendita, si la cosa que es assi vendida se empeorasse, o se mejorasse, ante que la condicion sea cumplida; estonce el daño de aquel empeoramiento, o la pro, pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiesse, o se destruyesse toda, por qual manera quier, el daño seria del vendedor; maguer se cumpliesse la condicion despues [...]».Tomo el texto de BERNÍ Y CATALÁ, 1767, p. 49.

«Vendida una cosa con condicion, el menoscabo ó provecho que venga antes de cumplirse esta, será del comprador: si la cosa se destruyere del todo, la pérdida sería para el vendedor (...)». Tomo el texto adaptado de MURO MARTÍNEZ, 1881b, pp. 121-122.

El cumplimiento de la condición es el dato decisivo para los autores. Cito por ejemplo a JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO / DE MANUÉL Y RODRIGUEZ, 1786, p. 207; DOMINGO DE MORATÓ, 1877, p. 410.

¹²⁷³ CALONGE, 1971, p. 160; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 213.

¹²⁷⁴ Así lo hace PINTÓ RUIZ, 1975, p. 717. En la doctrina francesa, BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 61. Con otro significado, dice DEMOLOMBE, 1871, p. 362, que el contrato condicional es perfecto desde el día que en se formó por el mutuo consentimiento de las partes.

¹²⁷⁵ Como ya he explicado, POTHIER, 1844b, pp. 190 y ss., expone de forma casuística cuándo se produce la perfección de la compraventa a efectos de atribuir el riesgo al comprador.

¹²⁷⁶ Señala SOTO NIETO, 1965, p. 179, que «*el contrato existe como negocio jurídico perfecto, aun condicionado*». La cursiva es del autor. Para ALONSO PÉREZ, 1972, p. 213, en Derecho romano, la compraventa suspensivamente condicionada no es perfecta. Pero sí lo es en nuestro Derecho en virtud del intercambio de consentimientos sobre la cosa y el precio (arts. 1258 y 1450 Cc). Señalan LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 456, que la condición no impide el nacimiento del negocio o contrato como perfecto.

¹²⁷⁷ Con cierta confusión, en esa oscilación entre la existencia y la inexistencia del contrato condicionado suspensivamente, dice SCÆVOLA, 1957, pp. 746, que, dado que ni el derecho ni

Por lo que respecta al Derecho español, como he explicado, en materia de riesgo en la compraventa, el término perfección ha cristalizado en el de puesta a disposición¹²⁷⁸. Cumplida la condición, y recuperada la plena eficacia de la compraventa y la exigibilidad de la obligación de entrega, tan solo se abre la posibilidad a que se transmita el riesgo al comprador con la subsiguiente puesta a disposición; ofrecimiento del vendedor a poner en marcha la ejecución del contrato y el intercambio de las contraprestaciones. Junto con las normas especiales atinentes a las condiciones –que, en efecto, han de ser atendidas– hay que estar en todo caso a la regulación especialísima sobre la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

Con posterioridad a la puesta a disposición, ha de aplicarse la máxima *periculum est emptoris*. Con anterioridad a la puesta a disposición, hay que diferenciar dos casos. Por un lado, aquel supuesto en que tiene lugar la pérdida o deterioro de la cosa, pero la condición suspensiva no se cumple. La compraventa decaería y ya no cabría plantear la cuestión de la transmisión del riesgo: *periculum est venditoris*¹²⁷⁹. Por

la obligación llegan a existir realmente durante la fase de pendencia, es de comprender que se afirme que, hasta la realización de la condición, la obligación no se perfecciona.

¹²⁷⁸ Vid. Capítulo 1, III.

¹²⁷⁹ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 170 y ALONSO PÉREZ, 1972, p. 324, con base en el art. 1120 Cc. También PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, pp. 61-62; SOTO NIETO, 1965, p. 179, aunque sin apelar al art. 1120 Cc. En caso de frustración de la condición, las fuentes declaran nula la compraventa; en consecuencia, *periculum venditoris*. ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 212-213; TALAMANCA, 1995, p. 243. Adquiere centralidad en esta materia D. 18, 6, 8 pr.:

(...) pero si se hubiese vendido bajo *PAULUS libro trigesimo tertio ad edictum* condición y ésta se frustrara, la compra es (...) *quod si sub conditione res venierit, si nula, como también la estipulación. Pero si la quidem defecerit conditio, nulla est emptio, condición se hubiese cumplido, Próculo y sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Octaviano dicen que el riesgo es del Proculus et Octavenus emptoris esse comprador, y así lo aprueba también periculum aiunt: idem Pomponius libro nono Pomponio, 9 < Sab. >. (...) <las compras>, probat. (...) (sicuti stipulationes et legata así como las estipulaciones y legados conditionalia peremuntur), si pendente condicionales, se extinguirán si, pendiente la conditione res extincta fuerit: sane si exstet condición, la cosa se hubiese extinguido; res, licet deterior effecta, potest dici esse pero, si la cosa permanece, aunque se damnum emptoris. hubiese deteriorado, puede decirse que el perjuicio es del comprador. (Paul. 33 ed.)*

otro lado, aquel supuesto en que, producidos dicha pérdida o deterioro, la condición se cumple. Se trata de la hipótesis cuyo tratamiento ha generado dificultades al legislador y el intérprete.

Como adelantaba unas líneas más arriba, demasiadas consecuencias se han querido ver en el art. 1122 Cc¹²⁸⁰, reglas primera y tercera, con relación a la cuestión del riesgo en la compraventa. El precepto establece lo que sigue:

«Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición: 1.^a Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. (...) 3.^a Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor».

Se ha dicho que la alusión a la extinción de *la* obligación en caso de pérdida, y no a la extinción de *su* obligación –la del deudor–, atañe a la relación obligatoria en su conjunto y todas las prestaciones programadas; de forma que el precepto sí daría respuesta a la cuestión del riesgo en la compraventa¹²⁸¹. Y se refuerza tal parecer mediante una lectura *a contrario sensu* de la regla tercera del precepto: el deterioro se imputa al acreedor porque el perecimiento corresponde al deudor; si el legislador decidiese lo mismo para ambos casos, la regla tercera del precepto sería una repetición sin utilidad¹²⁸². Por lo tanto,

La doctrina apunta que el fragmento, objeto de manipulaciones y recortes, debía de referirse en su origen a la disciplina de la compraventa condicional y no a cuestiones relativas a la doctrina del riesgo. ARANGIO-RUIZ, 1954, pp. 260-262; TALAMANCA, 1995, p. 245. Sin embargo, CALONGE, 1971, p. 160, considera que el contenido de fondo del fragmento no está completamente desvirtuado y que refleja el pensamiento clásico.

¹²⁸⁰ Indica CARRASCO PERERA, 2013, p. 8207, que las reglas del art. 1122 Cc «sólo tienen sentido si, después de realizada la contingencia prevista (pérdida, daño o mejora), la condición en cuestión se cumple».

¹²⁸¹ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375; BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 171; SOTO NIETO, 1965, p. 180; BADENES GASSET, 1995, p. 296; ABRIL CAMPOY, 2011, p. 150.

¹²⁸² DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 326; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1143; BADENES GASSET, 1995, p. 296; ABRIL CAMPOY, 2011, p. 150.

periculum est venditoris en caso de pérdida y *periculum est emptoris* en caso de deterioro durante la fase de pendencia de la condición.

Enseguida aludiré a los argumentos que sustentan tal posición. Pero ahora he de señalar que, si bien no niego que la anterior postura – encontrar respuesta para el *periculum obligationis* en la regulación de las condiciones y diferenciar entre pérdida y deterioro– sea la mayoritaria y la que se ajusta al devenir histórico, el hecho de poner el fulcro de la transmisión del riesgo al comprador en el momento de la puesta a disposición conmina a buscar otro proceder y otra solución.

En mi opinión, cabe sostener que el art. 1122 Cc regula tan solo el riesgo de la prestación¹²⁸³, no el de la contraprestación; cuestión esta última para la que hay que pasar en todo caso por el art. 1452 Cc¹²⁸⁴ y el consiguiente el criterio de la puesta a disposición¹²⁸⁵. En este sentido, el precepto español presenta una factura distinta a la regulación francesa contenida tanto en el derogado art. 1182 *Code* como en actual art. 1304-6 *Code* resultado de la reforma del año 2016; preceptos que contemplan la materialización del riesgo de la

¹²⁸³ Dice BORRELL Y SOLER, 1952, p. 93, que el art. 1122 Cc no «se percata» de la situación en la que queda la obligación correlativa del otro contratante cuando el contrato es bilateral. Este es también el parecer de Díez-PICAZO, 2008a, p. 422, quien apunta que se debe dar entrada a los remedios sinalagmáticos. Pero recuérdese la interpretación reductora que realiza del art. 1452 Cc y de la que yo tomo distancia. *Vid.* Capítulo 1, II, 2. Para ÁLVAREZ VIGARAY, 1993, p. 92, el art. 1122 Cc no regula el riesgo de la contraprestación, pero no presenta el mismo discurso que el anterior autor. Por su parte, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 326-328, recurre al art. 1452 Cc en lo que concierne al riesgo de la contraprestación en caso de perecimiento, mientras que para el *periculum rei* alude al art. 1122.1.^a Cc. No obstante, para el caso del deterioro de la cosa *pendente condicione*, sí encuentra en el art. 1122.2.^a Cc apoyo para sostener la aplicación de la máxima *periculum est emptoris*.

¹²⁸⁴ En cualquier caso, la relación entre ambos preceptos es evidente. Como ponen de manifiesto PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 62, las reglas 1.^a y 3.^a del art. 1122 Cc son concordantes con los arts. 1452 y 1182 Cc. Para CARRASCO PERERA, 2013, p. 8207, el art. 1122 Cc es trasunto de los arts. 1182 o 1452 Cc.

¹²⁸⁵ En contra, dice SOTO NIETO, 1965, pp. 180-181: «El artículo 1122 ha de entenderse que da cuerpo a una regulación propia, de general aplicación a los contratos afectados de condición suspensiva, que se antepone e independiza de la específica del artículo 1452, aplicable a las compraventas puras».

prestación durante la fase de pendencia de la condición que después se cumple¹²⁸⁶.

El antiguo art. 1182 *Code* disponía: «*Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition./ Si la chose est entièrement perdue sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte./ Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix (...)*».

Por su parte, el actual art. 1304-6 *Code* establece: «*L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive./ Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition./ En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé*».

Con relación al art. 1182 *Code*, la doctrina encuentra en su literalidad datos que confirman que el precepto se circunscribe a la cuestión del riesgo de la contraprestación y no al riesgo de la prestación; supuesto este último en el que la solución no difiere sea la obligación pura y simple o condicional: el riesgo es del acreedor. Por un lado, la alusión al riesgo del deudor –dando por hecho que el precepto contempla una prestación de cosa específica¹²⁸⁷– solo tiene sentido en la medida en que, en caso de pérdida de la cosa, no conserva su derecho a exigir el precio. Por otro lado, respecto al caso del deterioro, en la referencia a la resolución de «la obligación» o a su cumplimiento sin rebaja en el

¹²⁸⁶ Lo recalca DEMOLOMBE, 1871, p. 406, respecto al art. 1182 *Code*, a pesar de que el precepto no lo diga expresamente. Con posterioridad al cumplimiento de la condición, para la pérdida o deterioro se aplica –aplicaba– el antiguo art. 1138 *Code*. También MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 906.

¹²⁸⁷ Así lo señala también CARRASCO PERERA, 2013, p. 8207, respecto del art. 1122 Cc.

precio *va de soi* que el precepto concierne a contratos bilaterales. Por eso la doctrina reprueba que el precepto aluda a la «obligación» y no al «contrato»¹²⁸⁸; crítica que se mantiene respecto del nuevo art. 1304-6 *Code*¹²⁸⁹.

Pero en el caso español, el art. 1122 Cc, como decía, no presenta en su letra ningún término que me ate para tratar el riesgo de la contraprestación en su sede. Y no diré que el legislador, en el ámbito de las condiciones, tan solo esté contemplando obligaciones unilaterales porque es evidente que esto no es así: el art. 1120 Cc¹²⁹⁰ alude, para la retroactividad del cumplimiento de la condición, a la «compensación» –*rectius* inexigibilidad¹²⁹¹– de los frutos e intereses devengados durante la fase de pendencia en caso de obligaciones bilaterales, el art. 1123.1 Cc¹²⁹² dispone la restitución de «lo que hubiesen percibido» –*ambas partes*, en su caso– si se cumple la condición resolutoria y el legislador recoge el remedio resolutorio para el caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas en el art. 1124 Cc. A lo que aquí interesa, para la cuestión de la transmisión del riesgo, sencillamente un ánimo por buscar coherencia me obliga a pasar, en todo caso, por el criterio de la puesta a disposición.

¹²⁸⁸ Sobre estos aspectos, DELVINCOURT, 1824a, pp. 483-484; DURANTON, 1846b, pp. 88-89; DEMOLOMBE, 1871, pp. 406-408; BAUDRY-LACANTINEIRE/BARDE, 1902, p. 60.

¹²⁸⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 667.

¹²⁹⁰ Art. 1120 Cc: «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó./ En las obligaciones de hacer y no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida».

¹²⁹¹ MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1107.

¹²⁹² Art. 1123.1 Cc: «Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido».

A) Pérdida

En caso de pérdida de la cosa durante la fase de pendencia de la condición, ese concepto que el propio precepto extiende a supuestos que van más allá de la destrucción física¹²⁹³ y la doctrina entiende referido a todo caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación¹²⁹⁴, el riesgo lo soporta el vendedor, *periculum est venditoris*, en virtud –sin más– del criterio de la puesta a disposición que esconde el art. 1452 Cc. No obstante, la solución a esta cuestión ha estado tradicionalmente vinculada al efecto retroactivo o irretroactivo del cumplimiento de la condición respecto del riesgo.

En lo que concierne al Derecho romano, junto a la discusión sobre si el cumplimiento de la condición tiene o no efecto retroactivo –se presentan posiciones que lo niegan¹²⁹⁵, otras que lo barajan¹²⁹⁶ o posturas conciliadoras¹²⁹⁷– se plantea de forma paralela si el carácter

¹²⁹³ En efecto, el art. 1122.2.^a Cc *in fine* señala: «Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio, o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar».

¹²⁹⁴ Díez-Picazo, 2008a, p. 421. Le sigue ÁLVAREZ VIGARAY, 1993, p. 92. En sede del art. 1122 Cc, BONEL Y SÁNCHEZ, 1891, p. 53, señala que hay que llevar la significación de la palabra perderse a su aceptación más lata.

¹²⁹⁵ WINDSCHEID, 1902, p. 357, señala que la condición suspensiva no tiene efecto retroactivo al menos como norma. Según el autor, se debe admitir lo contrario no solo cuando la declaración de voluntad de las partes se dirija en tal sentido, sino también cuando las circunstancias impongan tal interpretación del negocio en cuestión. En esta línea también se pronuncian VASSALLI, 1914, p. 217, y BETTI, 1946, pp. 479 y ss.; para quien el criterio de la irretroactividad es propio del Derecho clásico –al igual que para VOLTERRA, 1988, p. 177–, mientras que el Derecho justiniano consagra el efecto retroactivo de la condición. LONGO, 1944, p. 82, niega el carácter retroactivo de la condición en Derecho clásico y también en Derecho justiniano; período en el que no obstante cabría apreciar efectos anticipados de ciertos negocios condicionales para la protección del titular del derecho condicionado.

¹²⁹⁶ Aunque PEROZZI, 1928a, p. 164, señala que la condición produce sus efectos desde el momento de su cumplimiento, advierte que en las fuentes se encuentran textos que manifiestan que la condición produce efectos desde el momento de la declaración de voluntad de las partes conforme al método casuístico de los juristas romanos y a las posibles disensiones de escuela.

¹²⁹⁷ Para CALONGE, 1971, pp. 144-145 y 170-171, el planteamiento unitario que pretende establecer de manera general si los juristas clásicos aplican o no el criterio de la retroactividad no es satisfactorio. Dice el autor que es preciso distinguir el tipo de negocio de que se trate y el objeto sobre el que recaiga. En su opinión, la verdadera y propia retroactividad se presenta,

retroactivo de la verificación de la condición impacta o no en la cuestión del riesgo. Se han querido esbozar posibles disensiones de escuela al respecto¹²⁹⁸ y alguna opinión se decanta por la retroactividad¹²⁹⁹. No obstante, también se ha puesto distancia entre la cuestión de la retroactividad y el riesgo en la medida en que no sería útil apelar al efecto retroactivo en caso de perecimiento de la cosa¹³⁰⁰ o se apuesta por la irretroactividad del cumplimiento de la condición

en el seno del Derecho clásico, respecto de los negocios de buena fe referentes a cosas específicas. La supuesta tendencia justiniana a admitir la retroactividad de la condición es falsa. Muy al contrario, apunta, se trata de una evolución que tiene su punto de partida en el Derecho clásico. En este sentido, ALONSO PÉREZ, 1972, p. 214; ZIMMERMANN, 1996, p. 727.

¹²⁹⁸ Según TALAMANCA, 1995, pp. 243, 249, 250, 264-269, de D. 18, 6, 8 pr. se infiere que Próculo considera la compraventa eficaz desde el momento de la conclusión del contrato en virtud de la retroactividad de la verificación de la condición, con lo que el *periculum* de la cosa perecida *pendente condicione* corresponde al comprador. Pero frente a la postura proculeyana, Paulo introduce en dirección opuesta el esquema de la *emptio perfecta*; y ello sin que pueda admitirse que el jurista no acepte la eficacia retroactiva de la condición. El autor hipotetiza que los proculeyanos, al aplicar de forma generalizada el *periculum emptoris*, agravan la posición del comprador con una rigurosa aplicación de la retroactividad de la condición. Para minorar tales consecuencias, Paulo recurre a la noción de la perfección de la compraventa. Pero el autor indica que el concepto de la perfección, tal y como lo usa Paulo, no corresponde al parecer de la Escuela Sabiniana, quienes no tendrían que recurrir al mismo al ser favorables a la aplicación del *periculum venditoris*. Es posible que este concepto haya surgido en el seno de esta última escuela, pero su utilización para corregir el resultado que se obtiene con la aplicación de la retroactividad de la condición no puede ser atribuido a los sabinianos (quizás sólo a Juliano, quien abandona el *periculum venditoris* para el caso de la *mors servi*), sino a Paulo o la jurisprudencia anterior que sostenga la aplicación del *periculum emptoris*.

¹²⁹⁹ DE ROBERTIS, 1982 p. 991, sostiene que el efecto retroactivo de la verificación de la condición atribuye los riesgos al comprador *ex tunc*.

¹³⁰⁰ En opinión de FAUCHILLE, 1882, p. 80, apelar al efecto retroactivo de la condición en aras de atribuir el perecimiento de la cosa *pendente condicione* al comprador no es un razonamiento aceptable. Los jurisconsultos romanos consideran que la condición no puede realizarse útilmente cuando la cosa vendida perece por caso fortuito; de ahí que tampoco exista ningún motivo de utilidad que les induzca a retrotraer la condición desde el punto de vista del riesgo. Sólo consideran que una persona debe correr con los riesgos de pérdida de la cosa desde el momento en que comienza a tener un derecho cierto sobre dicha cosa, lo cual no sucede si la cosa vendida perece en la fase de pendencia de la condición. En similar sentido, ACCARIAS, 1891, pp. 305-306, sostiene que el perecimiento de la cosa *pendente condicione* corresponde al vendedor sin que ello suponga excepción alguna al principio de retroactividad de las condiciones porque, antes de atender a tal principio, hay que valorar si el cumplimiento de la condición puede producir algún efecto.

en materia de riesgo¹³⁰¹. Conforme a la posición mayoritaria, la compraventa no es perfecta *pendente condicione* y, en consecuencia, no se puede aplicar la máxima *periculum est emptoris*¹³⁰², sino que el riesgo corresponde al vendedor¹³⁰³.

En lo que concierne al Derecho español codificado, la cuestión –como decía– también está marcada en gran medida por la virtualidad del efecto retroactivo del cumplimiento de la condición suspensiva. Se ha sostenido que dicho efecto retroactivo determina que el comprador asume el riesgo en caso de pérdida sobrevenida durante la fase de pendencia de la condición¹³⁰⁴. Y aunque la anterior se trata de una opinión aislada, su planteamiento ha sido suficiente para que la doctrina, como hábito, dedique su tiempo a plantear qué supondría aplicar la lógica de la retroactividad en esta materia para acabar afirmando que el art. 1122.1.^a Cc no se inspira en el criterio de la retroactividad¹³⁰⁵ o que sigue el criterio de la irretroactividad¹³⁰⁶. Al margen de esta discusión, también hay quien recurre a la equidad para justificar la atribución del riesgo al vendedor durante la fase de

¹³⁰¹ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 215, indica que, en materia de riesgo, tanto el Derecho clásico como el justiniano siguen el criterio de la irretroactividad de la condición.

¹³⁰² CALONGE, 1971, p. 160. Señala ALONSO PÉREZ, 1972, p. 212, que, desde la época clásica, «la condición fue el obstáculo mayor que se opuso al nacimiento de la *emptio perfecta*».

¹³⁰³ ACCARIAS, 1891, p. 305, ZIMMERMANN, 1996, p. 284. FAUCHILLE, 1882, p. 79, y GLÜCK, 1901, p. 969, señalan que el vendedor pecha con el riesgo en calidad de propietario. La opinión de estos autores es consecuencia de que consideren que el contrato no tiene virtualidad jurídica hasta el momento de la verificación de la condición.

¹³⁰⁴ En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 62. No obstante, los autores señalan que esto no debería ser así porque al comprador, en dicha fase, «no le corresponde más que una expectativa sin que, correlativamente, pueda considerarse al vendedor como un verdadero “obligado”». No es preciso que retome la crítica a semejante argumento. Otras voces, como CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 129, o MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 400, consideran que todas las reglas del art. 1122 Cc están basadas en el criterio de la retroactividad. Pero lo que se derivaría –para estos autores– de tal criterio respecto a la regla 1.^a del precepto y la cuestión de la transmisión del riesgo, no me queda claro tras la lectura de sus explicaciones.

¹³⁰⁵ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375; CARRASCO PERERA, 2013, p. 8208. Dice ABRIL CAMPOY, 2011, p. 150, que el precepto «atempera» el juego de la retroactividad. GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 559, entiende que el efecto retroactivo no puede tener lugar si no hay ya un objeto sobre el que pueda recaer.

¹³⁰⁶ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 328; quien lo justifica en el hecho de que la venta no era realizable ex art. 1452 Cc (p. 327).

pendencia de la condición¹³⁰⁷; argumento que, a mi entender, nada aporta¹³⁰⁸. Con carácter general, para las relaciones obligatorias sinalagmáticas, se entiende que el acreedor tiene en su favor el remedio resolutorio¹³⁰⁹.

En el ámbito del Derecho francés, hasta donde he podido comprobar, nadie ha pretendido explicar la solución del antiguo art. 1182 *Code* para el supuesto de pérdida con base en la lógica de la retroactividad pues su letra veda tal planteamiento; otra cosa es que se entienda que tal criterio habría de inspirar el precepto para hacer soportar el riesgo al comprador¹³¹⁰. Y aparte de alguna mención a la equidad, como freno a la retroactividad del cumplimiento de la condición, para explicar que el riesgo en caso de pérdida corresponde al vendedor¹³¹¹, cobra protagonismo el argumento conforme al cual la pérdida de la cosa en la fase de pendencia impide que el contrato se forme en el momento del cumplimiento de la condición¹³¹²; argumento que, también mantenido para explicar la solución del actual párrafo segundo del art. 1304-6 *Code*¹³¹³, o bien se justifica porque el legislador no ha querido aplicar todas las consecuencias de la retroactividad de la verificación de la condición¹³¹⁴, o bien se alza

¹³⁰⁷ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 171.

¹³⁰⁸ Lo rechaza ALONSO PÉREZ, 1972, p. 327.

¹³⁰⁹ Díez-PICAZO, 2008a, p. 422.

¹³¹⁰ En este sentido, LAURENT, 1878a, pp. 114-118, entiende que el art. 1182 *Code* está en oposición con el principio de la retroactividad. Téngase que en cuenta que este autor considera que el vendedor cumple su obligación conservando la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. Y en la medida en que el vendedor conserve diligentemente la cosa durante la pendencia de la condición suspensiva, entiende que no tendría que haber diferencia alguna entre la obligación pura y simple y la condicional: en ambos casos, el comprador debería pagar el precio a pesar de la pérdida de la cosa.

¹³¹¹ DEMOLOMBE, 1871, pp. 410-413. Crítica el razonamiento LAURENT, 1878a, pp. 115-116.

¹³¹² DURANTON, 1846b, pp. 86-88; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 906-907. También se intuye este razonamiento en las explicaciones de BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p.62. Para DELVINCOURT, 1824a, pp. 131 y 483, en nota a pie, y AUBRY/RAU, 19??, p. 101, se considera que la obligación nunca ha llegado a existir por falta de objeto. En la doctrina española, maneja este razonamiento ÁLVAREZ VIGARAY, 1993, p. 92.

¹³¹³ TERRE/SIMLER/LEQUETTE/CHENEDE, 2018, p. 391.

¹³¹⁴ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 907; quien, no obstante, apunta que sería inaceptable hacer pechar al comprador el riesgo conforme a la lógica de la retroactividad.

como impedimento para que dicho efecto retroactivo tenga lugar¹³¹⁵. No cabe compartir el razonamiento pues, como ya se explicó unos párrafos más arriba, en la actualidad no se puede dudar que, en la fase de pendencia, el contrato ya existe y produce efectos¹³¹⁶. En realidad, tales planteamientos conllevan mantener las enseñanzas, hoy en día ya periclitadas, de DOMAT y POTHIER; quienes hacen pechar al vendedor con el riesgo, bien porque en caso de perecimiento de la cosa antes del cumplimiento de la condición «*il ne peut plus y en avoir de vente*»¹³¹⁷, bien porque la condición se cumple inútilmente sin que se pueda confirmar la compraventa sobre algo que no existe¹³¹⁸.

Yo tomo distancia de toda reflexión que gire en torno al carácter retroactivo o irretroactivo del cumplimiento de la condición a efectos de la cuestión del riesgo. Aparte de que se ha puesto de manifiesto que dicho efecto retroactivo no es ninguna panacea¹³¹⁹, para mí es una

¹³¹⁵ DURANTON, 1846b, p. 86. También TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 391; aunque los autores ya subrayan que, tras la reforma del año 2016, el *Code* abandona la retroactividad de la condición. Para el antiguo art. 1182 Cc, PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 565, dicen directamente que el precepto descarta la regla de la retroactividad.

¹³¹⁶ Crítico con la aplicación de dicho razonamiento en caso de pérdida de la cosa en la fase de pendencia de la condición suspensiva, DEMOLOMBE, 1871, pp. 410-411.

¹³¹⁷ DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. VII, VIII*); quien añade que el vendedor todavía es propietario en la fase de pendencia.

¹³¹⁸ POTHIER, 1844a, p. 218; 1844b, p. 194.

¹³¹⁹ MONTÉS PENADÉS, 1989, pp. 1096-1117, estudia con detenimiento el efecto retroactivo de la verificación de la condición suspensiva. Explica que se trata de trasladar al momento constitutivo de la relación los efectos previstos para la fase de plenitud de su eficacia; borrar y anular aquello que se haya producido en el periodo de pendencia y sea contradictorio con la realidad que la relación persigue. Pero apunta que el legislador impone dicho carácter retroactivo con suma cautela, consciente de que no es posible cancelar todas las mutaciones sobrevenidas, y con diversas limitaciones que aquí no habré de exponer. En opinión del autor, «el dogma de la retroactividad se sostiene en el Código de una manera meramente nominal, y que sus efectos prácticos, en vista de las excepciones a que acabamos de aludir, se reducen, fundamentalmente, a las siguientes: a) por una parte, la convalidación de los actos que haya realizado el titular que, según el evento, resulta definitivo, durante el tiempo en que sólo tenía titularidad provisional o preventiva. b) a que se declare la invalidez de los actos realizados por el titular interino, extralimitándose del ámbito de su poder». A partir de aquí, trata el autor la protección de terceros adquirentes de buena fe, el eventual incumplimiento del transmitente, y el efecto de la condición en la transmisión de la propiedad en combinación con el sistema transmisivo de la propiedad sancionado en nuestro ordenamiento jurídico. También Díez-PICAZO, 2008a, pp. 418-419.

cuestión ajena a la disciplina del riesgo en la compraventa. De hecho, el legislador francés abandona en el año 2016 la retroactividad de la realización de la condición suspensiva y, aunque las partes puedan prever tal efecto retroactivo según dispone el actual art. 1304-6 *Code*, no por ello los riesgos dejan de ser soportados por el deudor durante la fase de pendencia¹³²⁰.

En definitiva, como he insistido a lo largo de las anteriores explicaciones, en caso de compraventa sometida a condición suspensiva, el riesgo en caso de pérdida se reparte entre vendedor y comprador en el momento de la puesta a disposición porque hay que pasar, en todo caso, por el criterio del art. 1452 Cc. No es suficiente la mera verificación de la condición. Otra cosa sucede en Derecho francés donde, ya sea porque se reflexiona conforme a los antiguos principios entorno a la verificación de la condición o porque se entiende que hasta ese momento no se transmite la propiedad, el riesgo se transmite al comprador en el mismo instante en que la condición se cumple. Se describe así la existencia de dos reglas opuestas para la compraventa bajo condición suspensiva y compraventa pura y simple¹³²¹; régimen el de esta última que entra en aplicación con el cumplimiento de la condición porque el contrato deviene puro y simple, tal y como la doctrina opina respecto del anterior art. 1182 *Code*¹³²² y ahora expresamente señala el nuevo art. 1304-6 *Code*, párrafo primero.

En Derecho español, como ya he explicado, ni hay reglas diversas ni opuestas; la regla es única y general. Es el contexto, una vez más, sobre el que se asienta cada ordenamiento jurídico el que justifica que hayan recibido de forma distinta lo que antaño fueron las mismas reglas sobre el riesgo.

¹³²⁰ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 716; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 667-668. Estos últimos autores recuerdan que la retroactividad ya había sido ampliamente temperada.

¹³²¹ Apelan a esta oposición DEMOLOMBE, 1871, p. 409; LAURENT, 1878b, p. 114; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 565; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 391.

¹³²² LAURENT, 1878b, p. 122; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 842.

B) Deterioro

En caso de deterioro de la cosa durante la fase de pendencia de la condición, se ha dicho que el riesgo corresponde al comprador con base en el art. 1122.3.^a Cc; regla que sigue el criterio de la retroactividad del cumplimiento de la condición establecido en el art. 1120 Cc. De esta forma, el vendedor se libera entregando la cosa en el estado en que se encuentra al cumplirse la condición, el comprador ha de pagar el precio acordado sin disminución alguna¹³²³ y, en «justa compensación»¹³²⁴ obtiene las mejoras que experimente la cosa *ex art.* 1122.5.^a Cc¹³²⁵.

Se trataría del criterio seguido desde antiguo. Ya las fuentes atribuyen dicho riesgo al comprador porque, en el momento de verificarse la condición, no falta el objeto sobre el que recae la compraventa¹³²⁶, tal pauta aparece reflejada en nuestra legislación histórica –Part. Quinta, Tít. V, Ley 26– y voces autorizadas en la época codificadora la respaldan porque el vendedor solo debe la cosa en el estado en que se encuentra en el momento del cumplimiento de la condición y el comprador disfruta de las mejoras –«*l'augmentation*»–¹³²⁷.

Se comprende por todo lo dicho hasta ahora que, otra vez, tome distancia de tales razonamientos. Para mí, la disciplina del riesgo no

¹³²³ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375; BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 171; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 62; SOTO NIETO, 1965, p. 183; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 328; MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1148; BADENES GASSET, 1995, p. 296; ABRIL CAMPOY, 2011, p. 151; CARRASCO PERERA, 2013, p. 8208.

¹³²⁴ Expresión de ALONSO PÉREZ, 1972, p. 328.

¹³²⁵ Art. 1122.5.^a Cc: «Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor».

¹³²⁶ GLÜCK, 1901, p. 970; quien apela a la retroactividad de la condición en este caso. Para ALONSO PÉREZ, 1972, p. 217, la expresión *dannum* que utilizan las fuentes corrobora que se trata de una adición justiniana para dar entrada a la retroactividad de la condición.

¹³²⁷ POTHIER, 1844a, p. 219; 1844b, p. 194. También DOMAT, 1723, p. 41 (*Liv. I, Tit. II, Sect. VII, IX*); en cuya opinión, el vendedor se obliga a conservar la cosa hasta el cumplimiento de la condición y puesto que en ese momento el comprador deviene propietario, debe sufrir la pérdida de la misma forma que disfrutaría los cambios –«*changemens*» [sic]– que mejorasen la cosa.

está relacionada con la retroactividad del cumplimiento de la condición, tampoco este es el momento decisivo para tratar esta cuestión, sino el de la puesta a disposición *ex art.* 1452 Cc, y la referencia a la atribución de las mejoras al comprador, para justificar o contrarrestar que peche con el *periculum deteriorationis*, se me antoja todavía más secundaria de lo que ya he expuesto¹³²⁸.

En anteriores explicaciones, queda constancia de la incertidumbre que circunda la forma en que se gesta y articula la relación entre el *periculum*, el *incommodum* y el *commodum*; coyuntura en la que acaso solo queda claro que al comprador se le atribuye los *commoda* para mitigar que peche con el riesgo. Pero en el ámbito de la compraventa sometida a condición suspensiva quiebra dicha atribución paralela si se acepta la imputación del *periculum deteriorationis* al comprador en la fase de pendencia de la condición posteriormente cumplida. Se le atribuirán las mejoras producidas en dicha fase conforme al art. 1122.5.^a Cc, pero no los frutos pues el art. 1120 Cc, al sancionar la retroactividad del cumplimiento de la condición, los hace inexigibles –al igual que los intereses del precio– en caso de contratos bilaterales¹³²⁹. Como resultado, se escinde un binomio –*commodum* e *incommodum*– que tradicionalmente se considera inseparable, el comprador no recibe todos los *commoda* sino solo una parte y el ya débil criterio mitigador –que en sede de condiciones acaso encuentra en DEMOLOMBE la crítica más feroz¹³³⁰– casi se torna en nadería.

¹³²⁸ *Vid.* Capítulo 1, II, 1, A).

¹³²⁹ Art. 1120 Cc: «[...] cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. [...]»

¹³³⁰ DEMOLOMBE, 1871, pp. 421-422: «[...] el pretendido paralelismo entre los deterioros y las mejoras que puede sufrir la cosa, *pendente conditione*, no es en realidad más que una ilusión. Se podría decir: ¡*Decipimur specie recti*! Las cosas corporales, en efecto, ¡apenas mejoran! [...] Mejoras naturales y, por así decirlo, espontáneas ¿cuántas hay? Y sin el aluvión que es para nosotros, entre los ejemplos, tan útil en nuestros libros, ¿no nos avergonzaría citarlos? En cambio, sería larga la lista de deterioros naturales o accidentales que pueden afectar a la cosa. [...] No hay seriamente equilibrio [entre el riesgo de deterioro y las mejoras]». La traducción es mía.

Es curioso observar cómo esa falsa impresión, apuntalada por preceptos oscuros, de que el riesgo se transmite al comprador como norma desde la conclusión de la compraventa pura y simple de cosa específica, ha reducido la cuestión de la transmisión del riesgo a un excesivo simplismo; cegadora apariencia frente a la que parece que nada hay que cuestionarse más allá de la oportunidad de la regla. Si el riesgo es del comprador desde el mismo instante del nacimiento del contrato, nada habría que plantear: en todo caso ha de pagar el precio a pesar del caso fortuito que afecta a la prestación y sin perjuicio de las consabidas y supuestas excepciones. De lo explicado hasta ahora se comprende que esto no es así; que la disciplina del riesgo en el contrato de compraventa esconde, en realidad, una lógica de reparto de dicho riesgo entre vendedor y comprador. Y la letra de la ley, ocasionalmente, deja entrever que hay supuestos en que el riesgo recae sobre el vendedor. Otra cosa es determinar si la reacción del legislador es o no oportuna.

Como ya expliqué, cuando el art. 331 Ccom atribuye al vendedor el riesgo en caso de pérdida o deterioro antes de la llegada del término para la entrega¹³³¹, concede el remedio resolutorio; reacción desmedida para todo caso de deterioro que, a mi entender, proviene de la inercia de tratar conjuntamente lo que siempre se consideró que iba a la par¹³³². En sede de condiciones, el legislador vuelve a detectar que hay un espacio en el que el riesgo habría de recaer sobre el vendedor. No obstante, conforme a una opinión unánime respaldada por los precedentes históricos, solo se le atribuye el riesgo en caso de perecimiento mientras que, en caso de deterioro, el riesgo se transmite al comprador desde la conclusión del contrato. No afirmaré que el legislador de 1889 haya pretendido alejarse de la solución tradicional porque no lo creo y una confirmación de tal enfoque lo encontramos – obviamente en su ámbito de aplicación– en el párrafo segundo de la

¹³³¹ Sobre la incidencia del plazo y el término para la entrega en la cuestión del riesgo, me remito a lo explicado en el apartado específico.

¹³³² *Vid.* Capítulo 1, III, 4.

Ley 569 CDCFN que trata específicamente la cuestión del riesgo en la compraventa celebrada bajo condición suspensiva¹³³³.

Pero en lo que respecta al Código, es preciso buscar o forzar otro resultado con base en su letra. No solo por un ánimo de evitar una eventual conflictividad sobre si, en el caso concreto, la cosa se ha perdido o deteriorado, dado que la consecuencia en orden al riesgo sería muy distinta –de aceptarse la posición tradicional– en uno y otro caso¹³³⁴; sino porque la coherencia lo exige¹³³⁵. En mi opinión, ni hay argumento que justifique para nuestra legislación codificada un diferente tratamiento de la cuestión del riesgo en caso de pérdida y deterioro en la compraventa condicional, ni hay impedimento –más allá del respeto al pasado– para buscar una solución que se adecue a la regla de que el vendedor soportar el riesgo, en todo caso, hasta la puesta a disposición.

Con relación a ese distinto tratamiento que las fuentes dispensan al riesgo en caso de pérdida y deterioro en la fase de pendencia de la condición, dice TALAMANCA: la tendencia a unificar el *periculum* y el *incommodum* se topa con dificultades de tipo conceptual y constructivo que los juristas romanos no logran superar en el caso de la venta condicional, donde el esquema de la *emptio perfecta* no puede funcionar hasta sus últimas consecuencias cuando la cosa permanece, aunque sea deteriorada, después de la verificación de la condición¹³³⁶.

¹³³³ Ley 569 CDCFN: «En las ventas hechas bajo condición suspensiva, si antes del cumplimiento de esta se perdiere la cosa, quedará sin efecto el contrato; sin embargo, cumplida la condición, el menoscabo anterior será a cargo del comprador».

¹³³⁴ Pone el acento sobre este problema CARRASCO PERERA, 2013, p. 8208.

¹³³⁵ En opinión de Díez-PICAZO, 2008a, p. 422: «el problema de los deterioros fortuitos o del daño sufrido por las cosas debidas, en una obligación sinalagmática, no queda resuelto con la simple aplicación de la regla tercera del art. 1122. El criterio de la reciprocidad, propio de este tipo de obligaciones, parece que debe permitir al acreedor, en línea de principio, la opción entre demandar la resolución del contrato o exigir la reducción proporcional de la contraprestación a su cargo».

¹³³⁶ TALAMANCA, 1995, p. 294.

Con ciertas dificultades se topa también el legislador francés de 1804; dificultades que quiere dejar atrás la reforma de 2016.

Cuando los redactores del *Code* deciden, con mayor o menor claridad¹³³⁷, resolver la cuestión del riesgo en la compraventa con base en la transmisión de la propiedad, BIGOT-PRÉAMENEU razona que la solución procedente de las leyes romanas para el caso de deterioro de la cosa en la fase de pendencia de la condición suspensiva no concuerda con el principio según el cual, en caso de condición suspensiva, no hay transmisión de la propiedad. Opina que debe permanecer a riesgo del deudor, todavía propietario, que la cosa disminuya o se deteriore al igual que suyo es el riesgo de pérdida. De ahí que el legislador decida ofrecer al acreedor, en el antiguo 1182.3 *Code*, la opción de resolver el contrato o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, pero sin la posibilidad de reducir el precio¹³³⁸.

Añade BIGOT-PRÉAMENEU que no se puede argumentar contra esta decisión que el acreedor disfrutaría de los aumentos que se producirían. Se presume que el deudor que, incluso bajo condición suspensiva, se obliga a dar una cosa, ha renunciado a los aumentos accesorios para el caso de que la condición se cumpla¹³³⁹.

La generalidad de la doctrina –con base en distintos razonamientos– critica que el *Code* abandone la antigua solución para el caso de deterioro¹³⁴⁰. No se comprende por qué el legislador prescinde del

¹³³⁷ *Vid.* Capítulo 2, II, 2.

¹³³⁸ Señala GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 559, que una solución como la del *Code* fue propuesta pero rechazada por su propia iniciativa para el Proyecto de 1851.

¹³³⁹ FENET, 1836a, pp. 243-244.

¹³⁴⁰ DELVINCOURT, 1824a, p. 484, y DURANTON, 1846b, p. 91, no ven acorde la solución con los antiguos y verdaderos principios. Para LAURENT, 1878b, pp. 117-122, es un error decidir la cuestión con base en que el deudor es propietario en la fase de pendencia de la condición. A su entender, el criterio decisivo es que el deudor cumple su obligación conservando la cosa; por lo que el acreedor debería soportar el riesgo en caso de deterioro. BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 63, señalan que el deterioro no impide que la obligación se perfeccione, critican el recurso a la máxima *res perit domino* y entienden que, incluso admitiendo la aplicación de esta máxima, la solución debería ser concorde con la del Derecho antiguo pues el efecto retroactivo del cumplimiento de la condición hace al acreedor

efecto retroactivo en este caso¹³⁴¹, se carga contra esa supuesta renuncia del vendedor a los aumentos de la cosa en la fase de pendencia¹³⁴², se dice que el precepto ha de ser entendido en un sentido razonable –de forma que si el deterioro es de poca importancia con relación al valor total del objeto el comprador no tiene derecho a la resolución¹³⁴³– y se señala que el precepto contempla solo el caso de deterioro y no de pérdida parcial¹³⁴⁴, aunque también se sostiene lo contrario¹³⁴⁵. De forma aislada, DEMOLOMBE desmiente la importancia del pretendido paralelismo entre los deterioros y las mejoras de la cosa –de ahí que no le parezca excesivo que el acreedor no soporte el riesgo de deterioro pero sí disfrute de las mejoras– y –desligando la cuestión de la transmisión de la propiedad– justifica la decisión del legislador, entre distintos motivos, por los siguientes: por un lado, parece lógico hacer soportar ambos tipos de riesgo al deudor para evitar resultados chocantes en caso de una pérdida parcial importante y casi equivalente a la pérdida total; por otro lado, con la opción que se concede al acreedor se evitan eventuales dificultades para determinar si el deterioro resulta o no de la culpa del deudor¹³⁴⁶.

Sea como fuere, tras la reforma del año 2016, aclarada y reafirmada la vinculación entre la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad¹³⁴⁷, confirmada la idea de que la cosa es propiedad del vendedor mientras la condición suspensiva no se realiza¹³⁴⁸ y

propietario desde la conclusión del contrato. También críticos PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 568. AUBRY/RAU, 19??, p. 108, hablan de una asimilación teóricamente inexacta entre los supuestos de pérdida y deterioro.

¹³⁴¹ DURANTON, 1846b, p. 91; LAURENT, 1878b, p. 118; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 63; AUBRY/RAU, 19??, p. 108.

¹³⁴² DURANTON, 1846b, pp. 91-92. Muy incisivo LAURENT, 1878b, p. 119, para quien el razonamiento no es serio. BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, pp. 63-64, se cuestionan cómo es posible pensar que el acreedor está a lo bueno y no a lo malo.

¹³⁴³ DURANTON, 1846b, p. 93; DEMOLOMBE, 1871, p. 428-429; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 65.

¹³⁴⁴ PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 568.

¹³⁴⁵ DEMOLOMBE, 1871, p. 417-422; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 64.

¹³⁴⁶ DEMOLOMBE, 1871, p. 417-422.

¹³⁴⁷ *Vid.* Capítulo 2, II, 2

¹³⁴⁸ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 391

abandonado el efecto retroactivo del cumplimiento de la condición para todos los efectos del contrato, incluida la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, la transmisión de los riesgos¹³⁴⁹, el tenor literal del nuevo art. 1304-6 *Code* no hace diferenciación alguna entre la pérdida y el deterioro; de ahí que se diga que el precepto asimila ambos riesgos y no permite distinguir entre pérdida total y simples deterioros¹³⁵⁰. La consecuencia es evidente: al comprador se le abre la posibilidad de acudir a los remedios¹³⁵¹; ya no soporta el *periculum deteriorationis*.

Lo que de aquí se pueda extrapolar a nuestro Derecho codificado se reduce al tratamiento conjunto del riesgo de pérdida y deterioro; no al fundamento –la transmisión de la propiedad– ni al momento relevante –el cumplimiento de la condición–. En Derecho español, hasta la puesta a disposición todo riesgo corresponde al vendedor. Es preciso conceder algún tipo de reacción hasta dicho momento; esto es, algún remedio. Estudio en su momento la relación entre la cuestión del riesgo y los remedios en otro lugar¹³⁵². Tan solo me limito a señalar aquí que, en el sistema fragmentario del incumplimiento que plasma nuestro Código civil, en la medida en que parece razonable aplicar a un caso de deterioro fortuito a riesgo del vendedor una reducción en el precio¹³⁵³, acaso sea forzar demasiado la aplicación de las previsiones del saneamiento al respecto: vicios de la cosa y deterioros fortuitos son cosas distintas para el Código.

No obstante, en la medida en que, según he sostenido en su momento, un coherente tratamiento del riesgo conmina a considerar que aquellos preceptos alusivos a la perfección/conclusión de la compraventa

¹³⁴⁹ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 716; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 667-668.

¹³⁵⁰ *Ibidem*, p. 668.

¹³⁵¹ *Vid.* Capítulo 5, II, 1.

¹³⁵² Capítulo 5, II, 1.

¹³⁵³ De hecho, PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 567, considera que en sede del antiguo art. 1182.3 *Code*, habría sido más conforme con la doctrina de la causa conceder al juez la posibilidad de apreciar si la resolución procede o no y, en su caso, si procede parcialmente. El resultado sería el de una reducción del precio.

atienden en realidad al momento de la puesta a disposición, creo que se podría recurrir a la aplicación del art. 1460.2 Cc¹³⁵⁴.

Se dirá que, más que una adaptación, estoy retorciendo el tenor literal de diversos preceptos. Pero si las cosas se miran despacio, la reducción del precio no es un remedio ajeno a la disciplina del riesgo. En la antigua compraventa *ad mensuram*, el contar, pesar o medir la lleva implícita en ocasiones si, en un caso de género limitado, el conjunto sufre alguna pérdida que reduce el género contemplado en el contrato¹³⁵⁵.

En definitiva, hasta el momento de la puesta a disposición, el vendedor soporta el riesgo de la pérdida o deterioro¹³⁵⁶.

2. Compraventa sujeta a condición resolutoria

Aunque existe cierta tendencia a aproximar los conceptos romanos y los modernos, tal inclinación debe ser adoptada con la debida cautela porque los juristas romanos no hicieron una construcción unitaria y abstracta sobre la condición¹³⁵⁷. El concepto de condición que utiliza el Derecho civil actual sólo se avecinaría a la noción romana de condición suspensiva¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Art. 1460 Cc: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato./ Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

¹³⁵⁵ HUC, 1897, p. 32, sostiene que en estos casos el vendedor solo puede exigir un precio proporcional a la cantidad de mercaderías que esté en posición de entregar.

¹³⁵⁶ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 450-451, ve una compraventa condicional en el art. 334.3.º Ccom y estima que, a diferencia de lo que sucede en su opinión en el art. 1122 Cc, aquel precepto sí atribuye al vendedor el riesgo tanto en caso de pérdida como de deterioro.

¹³⁵⁷ D'ORS, 1945, p. 203 y ss., quien se muestra muy crítico con aquellos estudios que subsumen la figura de la *in diem addictio* dentro del ámbito de las condiciones y discuten acerca de su calificación como condición suspensiva o resolutoria. Para el autor, la confusión proviene del hecho de que junto a la *in diem addictio*, siempre considerada por los clásicos de la misma manera, se fueron regulando bajo el mismo nombre hipótesis diferentes; esto es, compraventas con cláusulas de rescisión. Sobre el carácter equívoco del término condición, ARCHI, 1962, pp. 35 y ss.

¹³⁵⁸ IGLESIAS, 2007, p. 108-109.

La condición resolutoria, tal y como hoy la conocemos, no se contempla en Roma; donde no se concibe que la misma declaración de voluntad, por la que surge un determinado negocio, prevea a su vez la cesación del mismo. Para obtener el resultado que actualmente se alcanza mediante un único negocio sujeto a condición resolutoria, los juristas romanos configuran dos negocios jurídicos paralelos: el primero, principal y concebido como puro, y el segundo, separado del anterior y dirigido a cesar los efectos de aquél. Esta segunda declaración de voluntad accesoria se considera sometida a condición suspensiva en el sentido de que sus efectos –la cesación del primer negocio– dependen de la verificación del evento al que se condiciona¹³⁵⁹.

Por lo tanto, no ha de extrañar que los vestigios históricos relativos a la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa condicional hayan cristalizado, en la época codificadora, en los preceptos relativos únicamente a la condición suspensiva¹³⁶⁰. Tradicionalmente, la doctrina francesa ha lamentado la ausencia de una regulación expresa sobre el riesgo en los preceptos del *Code* relativos a la condición resolutoria¹³⁶¹, al igual que lamenta que la reforma del año 2016 no haya clarificado la cuestión¹³⁶².

¹³⁵⁹ En un primer momento, tal cesación no opera automáticamente, sino que permite a la parte interesada accionar para exigir la resolución del negocio principal. Posteriormente, se comienza a admitir el efecto inmediato de la resolución; tendencia que culmina en el Derecho Justiniano. Sobre la cuestión, WINDSCHEID, 1902, p. 349; LONGO, 1944, pp. 84-87; FERRINI, 1953, p. 134; BIONDO, 1965, p. 197; FUENTESECA, 1978, p. 34; VOLTERRA, 1988, p. 181. En sentido contrario se pronuncia SERAFINI, 1906a, p. 229, en cuya opinión la verificación de la condición resolutoria produce sus efectos inmediatamente sin que simplemente nazca una acción para exigir la restitución de la cosa.

¹³⁶⁰ De hecho, cuando POTHIER, 1844b, pp. 190-193, analiza casuísticamente en qué momento tiene lugar la perfección a efectos de la transmisión del riesgo, alude a la compraventa celebrada bajo condición, sin calificarla como suspensiva o resolutoria. No obstante, resulta evidente que sus explicaciones van dirigidas a la compraventa sujeta a condición suspensiva, no resolutoria.

¹³⁶¹ DURANTON, 1846b, p. 104; DEMOLOMBE, 1871, p. 438.

¹³⁶² CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 719.

El ya derogado art. 1183 *Code* disponía: «*La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé./ Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive*». El actual art. 1304-7 *Code* establece: «*L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat*».

La cuestión no plantea dificultades cuando la condición resolutoria no se cumple. El contrato se trata como si siempre hubiera sido puro y simple¹³⁶³; dándose además por hecho que el antiguo art. 1183 *Code* parte de la hipótesis de que las contraprestaciones han sido ejecutadas¹³⁶⁴. La misma reflexión se obtiene de la letra del art. 1123.2 Cc que posteriormente transcribiré¹³⁶⁵. La controversia se suscita en el supuesto en que tiene lugar la pérdida y deterioro y, con posterioridad, se cumple la condición resolutoria.

La mayor parte de la doctrina francesa considera que el riesgo de pérdida y deterioro corresponde al comprador. Goza de amplia aceptación el considerar que la condición resolutoria encierra una condición suspensiva en sentido inverso; un proceder acaso reminiscencia de ese segundo y accesorio negocio sujeto a condición suspensiva que, en Roma, se encamina a la cesación del primero y

¹³⁶³ En este sentido, DELVINCOURT, 1824a, p. 486, y DURANTON, 1846b, p. 104; que hacen pechar con el riesgo al comprador con base en la máxima *res perit domino*. También DEMOLOMBE, 1871, p. 439; quien apela sin más a la aplicación del antiguo art. 1138 *Code*.

¹³⁶⁴ *Ibidem*, 1871, p. 438. Con relación al Derecho español, señala MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1154, que en las obligaciones sometidas a condición resolutoria se produce una ejecución inmediata tal y como prevé el art. 1123.2 Cc, que próximamente transcribiré.

¹³⁶⁵ Con base en este precepto, señala MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1154, que en las obligaciones sometidas a condición resolutoria se produce una ejecución inmediata; se considera la obligación como pura.

principal. Se dice que comprador y vendedor bajo condición resolutoria son, respectivamente, deudor y acreedor bajo condición suspensiva¹³⁶⁶; de ahí la «sencilla» aplicación del art. 1182 *Code*¹³⁶⁷. Alguna opinión minoritaria se agarra a la literalidad del art. 1183.1 *Code* para hacer pechar al vendedor con el riesgo. En virtud de este precepto, el comprador puede reclamar el precio. No es riguroso considerarlo como deudor bajo condición suspensiva, pues acaso eso sea tanto como decir que hay dos contratos cuando en realidad solo hay uno. La resolución del contrato –se dice– no forma por sí misma una obligación directa y principal; es solo un efecto de la propia obligación que fue contratada bajo condición resolutoria. Y ello hace inaplicable el art. 1182 *Code*, el cual solo concierne a contratos celebrados bajo condición suspensiva¹³⁶⁸. La doctrina mayoritaria carga contra semejante razonamiento¹³⁶⁹ y añade otros tantos –de los que aquí puedo prescindir– para apuntalar su posición¹³⁷⁰.

¹³⁶⁶ En este sentido, DELVINCOURT, 1824a, p. 486; DEMOLOMBE, 1871, p. 445; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, pp. 74-75; BEUDANT, 1936, p. 554; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 566. También LAURENT, 1878b, p. 125. Pero este último autor, conforme a su idea de que el acreedor debería pechar siempre con el riesgo en la medida en que el deudor cumple su obligación conservando la cosa, entiende que el riesgo debería ser del vendedor; acreedor en el caso del contrato sujeto a condición resolutoria. MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 842-843, dicen sin más que el comprador soporta los riesgos.

¹³⁶⁷ Expresión de DEMOLOMBE, 1871, p. 445; en cuya opinión, la aplicación del art. 1182 *Code* parece tan simple que se puede creer que los redactores del *Code*, al guardar silencio sobre la cuestión del riesgo en el contrato sujeto a condición resolutoria, se remiten tácitamente a dicho precepto. Con anterioridad, DELVINCOURT, 1824a, p. 486, recurre a una argumentación *a pari*.

¹³⁶⁸ DURANTON, 1846b, pp. 105-108.

¹³⁶⁹ Según dice DEMOLOMBE, 1871, pp. 447-448, en efecto, no se trata de formar un segundo y nuevo contrato en sentido inverso, sino de atender a los efectos que produce el cumplimiento de la condición resolutoria: mutua restitución de las contraprestaciones. La pérdida total impide que la condición se cumpla, de forma que no nace la obligación de restituir la cosa ni la de restituir el precio por falta de causa. El supuesto de deterioro sigue la misma regla del art. 1182 *Code*: el vendedor puede optar entre rechazar la restitución de la cosa o aceptarla y restituir a su vez la totalidad del precio. Es la solución que existe, aunque –apunta el autor– no se considere satisfactoria. También AUBRY/RAU, 19??, p. 111, entienden que, en caso de pérdida, la condición no se puede cumplir útilmente. BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 79, llegan incluso a decir que la obligación del comprador de restituir la cosa, al estar en realidad bajo condición suspensiva, no puede devenir perfecta por falta de objeto.

¹³⁷⁰ Con profusión de argumentos, DEMOLOMBE, 1871, pp. 436-451.

Tras la reforma del año 2016, aclarada y reafirmada la vinculación entre la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad¹³⁷¹, se afirma que el riesgo durante la fase de pendencia de la condición resolutoria es del comprador por aplicación de la máxima *res perit domino*: mientras la condición no se cumple, la compraventa se considera pura y simple y el comprador es actualmente propietario¹³⁷². La mención a la retroactividad en el actual art. 1304-7 *Code* ha generado alguna duda; aunque se acaba apostando por una aplicación analógica del art. 1304-6 *Code* para hacer soportar los riesgos al comprador¹³⁷³.

Acaso la tradicional ausencia en el *Code* de una regulación sobre riesgos en sede de contratos sujetos a condición resolutoria alentó en su momento al legislador español de 1889 a mencionar expresamente los supuestos de pérdida y deterioro en el art. 1123 Cc: «Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido./ En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente. [...]».

No obstante, el precepto está falto de claridad¹³⁷⁴, pues ha dado lugar a diversas interpretaciones.

¹³⁷¹ Con anterioridad a la reforma del año 2016, también se recurre a la idea de que el comprador es el propietario antes del cumplimiento de la condición resolutoria para hacerle pechar con el riesgo. Por ejemplo, DELVINCOURT, 1824a, p. 486; DEMOLOMBE, 1871, p. 445.

¹³⁷² TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, p. 392. Los autores solo tratan el supuesto de pérdida fortuita dado que afirman que la transmisión de la propiedad al alienante es imposible.

¹³⁷³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 674. También CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 716; aunque con más dudas. Con relación al derogado art. 1183 *Code*, rechazaban el juego de la retroactividad DEMOLOMBE, 1871, p. 446; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 79; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 566.

¹³⁷⁴ No brilla por su claridad, dice DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375. Para MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1155, la cuestión es oscura. El autor realiza una exposición de las distintas interpretaciones que se han hecho del precepto para hacer soportar el riesgo al vendedor o al comprador (pp. 1154-1165).

Parte de la doctrina llega a la conclusión de que el riesgo es del vendedor a través de diversos razonamientos. Se dice que los términos del art. 1123.2 Cc solo conciernen a la obligación de restituir del comprador; *su* obligación, pero no *la* obligación en general –en una eventual referencia a todo el contrato– de forma que la obligación del vendedor de restituir el precio queda indemne tanto en caso de pérdida como de deterioro¹³⁷⁵. En este sentido, aunque prestando atención al supuesto de pérdida, se insiste que el cumplimiento de la condición resolutoria borra el contrato del mundo jurídico¹³⁷⁶; las cosas han de volver a su estado primitivo, como si el contrato nunca hubiera existido¹³⁷⁷. Y si el comprador puede quedar liberado de su obligación de restituir –art. 1182 Cc–, en ningún caso se libera el vendedor de su obligación de restituir una suma de dinero que, por hipótesis, no puede devenir imposible. Sostener lo contrario es «inadmisible» en atención a la letra del art. 1123.1 Cc; norma específica que supondría una «excepción notable» a la norma general del art. 1452 Cc. En definitiva, *periculum est venditoris*¹³⁷⁸.

Otros apelan a una aplicación extrema de la retroactividad del cumplimiento de la condición resolutoria¹³⁷⁹, también se afirma que la compraventa sometida a condición resolutoria no es perfecta¹³⁸⁰ y, por último, hay quienes consideran que esta solución se encuentra en el propio art. 1123.2 Cc que, al remitirse al art. 1122 Cc, hace asumir el riesgo al destinatario de la restitución: el vendedor¹³⁸¹. He de decir que en las anteriores explicaciones no queda siempre claro si se trata solo de la pérdida o también del deterioro.

¹³⁷⁵ DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 376.

¹³⁷⁶ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 172.

¹³⁷⁷ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 329.

¹³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 329-330.

¹³⁷⁹ MANRESA Y NAVARRO, 1967, pp. 403-406. También baraja la retroactividad DE COSSÍO Y CORRAL, 1944, p. 375.

¹³⁸⁰ PINTÓ RUIZ, 1975, p. 717. Para el autor, el motivo es el siguiente: «[...] si el contrato no está sujeto a una eficacia, firme, definitiva, no se ha acercado tanto la cosa al patrimonio del comprador, y no ha devenido el momento de la venta perfecta que determina el desplazamiento del riesgo» (p. 720, en nota).

¹³⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 62.

Conforme a otro sector doctrinal, la consecuencia del art. 1123.2 Cc es que el comprador queda liberado de su obligación de restituir y que el vendedor no ha de devolver el precio¹³⁸². Se apela a la máxima *periculum est emptoris* para el caso de pérdida, mientras que el deterioro, así como las mejoras, lo soporta el vendedor al ser posible la restitución¹³⁸³.

Ninguno de los anteriores razonamientos me convence y no dedicaré tiempo a su análisis por la sencilla razón de que desconfío de toda tendencia a aproximar y extrapolar razonamientos y conceptos propios de la disciplina de la transmisión del riesgo al supuesto de compraventa bajo condición resolutoria para hacer pechar con el riesgo al comprador o al vendedor. Creo que este no es el camino a seguir. Nos encontramos ante dos tipos de riesgos: los *riesgos de ida* frente a los *riesgos de vuelta*, como me dijo una vez el Profesor MORALES MORENO. Los primeros, a lo que ahora interesa destacar, con una regulación particular y oscura en sede del contrato de compraventa, y los segundos vinculados con el no menos complejo fenómeno restitutorio; dos tipologías de riesgo sin duda conectadas, como evidencia la tradicionalmente tormentosa relación de la transmisión del riesgo en la compraventa con el remedio resolutorio en caso de incumplimiento¹³⁸⁴, pero cuya regulación responde y atiende respectivamente a diferentes fundamentos y ambientes. La disciplina de la transmisión del riesgo en la compraventa es un llamamiento a la cooperación y al cumplimiento para culminar con éxito la relación. La restitución de las contraprestaciones es una reacción frente al fracaso del negocio; supuesto en el que la causa que determine la «alteración restitutoria» determinará, a su vez, la forma en que se repartirán los eventuales riesgos que afecten al retorno de las contraprestaciones¹³⁸⁵.

¹³⁸² SOTO NIETO, 1965, p. 185.

¹³⁸³ ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 152-153.

¹³⁸⁴ *Id.* Capítulo 5, II, 1, A)

¹³⁸⁵ Sobre los riesgos en la restitución y las posibles «alteraciones restitutorias», como serían la pérdida y deterioros fortuitos de la prestación a restituir, atiendo en la segunda parte de esta investigación a las explicaciones de RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 293 y ss.

Reconozco que son muy someras mis reflexiones y no habré de alargarlas para evitar líneas vacías de contenido. Tan solo insistiré, volviendo al escenario de la condición resolutoria, que no procede extrapolar a la misma el bagaje relativo a la transmisión del riesgo en la compraventa; la cual no se gesta para atender a restitución alguna. Considero más acertada la orientación de quienes, en caso de la materialización de un riesgo de la prestación a restituir por el comprador con ocasión del cumplimiento de la condición resolutoria, plantea la restitución de su valor a compensar con el precio¹³⁸⁶, misma solución a aplicar en caso de que el riesgo se materialice con posterioridad al cumplimiento de la condición¹³⁸⁷. En Francia, en cambio, se apela a la aplicación de la máxima *res perit domino* haciendo recaer el riesgo al vendedor de nuevo propietario en el instante del cumplimiento de la condición¹³⁸⁸.

IV. COMPRAVENTA A ENSAYO O PRUEBA Y COMPRAVENTA AD GUSTUM

En torno al art. 1453 Cc se ha instalado una discusión entre aquellos que opinan que el precepto acoge dos modalidades de compraventa¹³⁸⁹ y quienes ven en su letra un único contrato¹³⁹⁰. Según dispone el artículo, «La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva».

¹³⁸⁶ Baraja esta opción MONTÉS PENADÉS, 1989, pp. 1161-1162. También Díez-PICAZO, 2008a, p. 424.

¹³⁸⁷ MONTÉS PENADÉS, 1989, p. 1165.

¹³⁸⁸ DURANTON, 1846b, p. 105.

¹³⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 81; SOTO NIETO, 1965, pp. 198-204; MANRESA Y NAVARRO, 1969, pp. 153-156; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 330-333; PUIG BRUTAU, 1982, pp. 153-154; GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 94-105; Díez-PICAZO, 2010, p. 82; LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2013, p. 62.

¹³⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1158-1163; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 899; BADENES GASSET, 1995, pp. 302-310; ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10250-10257.

Parte de la doctrina entiende que el precepto recoge, por un lado, la compraventa a ensayo o prueba y, por otro, la denominada compraventa *ad gustum*; dos tipologías de contrato cuya diferencia radica en el carácter objetivo de los criterios que rigen la prueba en el primer contrato mientras que, en el segundo, la degustación queda sujeta a la apreciación subjetiva del comprador. Para ambos –y distintos– supuestos, el precepto establece la misma presunción –*rectius* regla de interpretación del contrato¹³⁹¹– de que las compraventas se han celebrado bajo condición suspensiva: respectivamente, la realización de la prueba que verifica las cualidades de la cosa y la libre aprobación del comprador una vez degustada la cosa. Y las dificultades que crea la apelación al carácter condicional de la compraventa se intentan salvar, bien afirmando que en la compraventa a ensayo o prueba nos encontramos ante una condición impropia¹³⁹², bien aproximando la compraventa *ad gustum* a la figura de la promesa unilateral de venta¹³⁹³ o la opción de compra¹³⁹⁴; figuras que han sido asimiladas¹³⁹⁵.

Otro sector doctrinal sostiene que el precepto contempla una única modalidad de contrato. DE CASTRO Y BRAVO ofrece los siguientes tres argumentos.

En primer lugar, «la palabra gustar no se emplea en el sentido de agradar o parecer bien, sino en el de experimentar, en el de probar la

¹³⁹¹ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10252. Para el autor, el plantearse si el precepto establece una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure* para uno u otro supuesto –tal y como hace MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 156– carece de sentido. De presunción *iuris tantum* hablan GARCÍA CANTERO, 1991, p. 96; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 900.

¹³⁹² ALONSO PÉREZ, 1972, p. 331; Díez-PICAZO, 2010, p. 82. Para SOTO NIETO, 1965, p. 199; MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 154; PUIG BRUTAU, 1982, pp. 153; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 97 no parece haber inconveniente para ver aquí una verdadera condición. Entre quienes sostienen que el precepto contempla una única modalidad de compraventa, entienden que se trata de una condición impropia ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10255; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 900. No se lo plantean DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1158-1163; BADENES GASSET, 1995, pp. 302-310.

¹³⁹³ MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 154; SOTO NIETO, 1965, p. 201; Díez-PICAZO, 2010, p. 82.

¹³⁹⁴ SOTO NIETO, 1965, p. 201; PUIG BRUTAU, 1982, p. 154; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 104.

¹³⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1163-1167, concluye que son términos equivalentes.

cosa sintiendo su sabor en el paladar (*degustatio*); “gustar o probar”, son referencias a las formas especial y general de comprobar la cualidad de una cosa». El autor trata de reforzar su posición con el argumento histórico: señala, por un lado, que en Derecho romano la degustación no quedaba al gusto personal ni a la voluntad del comprador; por otro, que la regulación de las Partidas¹³⁹⁶, al tratar de las cosas que se prueban, imponen tales «graves obligaciones» al comprador que excluyen, por contradictoria, «la posibilidad de que se otorgase al mismo la facultad de poder rechazar por capricho o mala voluntad una mercancía de buena calidad»¹³⁹⁷. A mi entender, no son argumentos decisivos porque, como ya tuve ocasión de señalar, existen dudas sobre si, en Roma, la *degustatio* queda sujeta al gusto subjetivo del comprador o al arbitrio de la persona recta y cabría decir lo mismo respecto de las Partidas.

En segundo lugar, y si bien su argumento es más elaborado de lo que expongo aquí, entiende DE CASTRO Y BRAVO que, si se admitiese una compraventa bajo condición *si voluero* en sede del art. 1453 Cc, se contrariarían los términos del art. 1115 Cc¹³⁹⁸; una «compraventa (?) unilateral» –dice– en la que la obligación del vendedor carecería de causa. Se ha dicho que la condición puramente potestativa que prohíbe el art. 1115 Cc es la que hace depender una obligación de la mera voluntad del deudor; interdicción no plenamente aplicable a los contratos bilaterales que generan derechos y obligaciones para ambas partes como demuestra la existencia de derechos de opción de compra y similares¹³⁹⁹. Sobra decir que DE CASTRO Y BRAVO no ignora tales figuras en su estudio. Pero apunta que están fuera del art. 1453 Cc y,

¹³⁹⁶ El autor cita la Part. Quinta, Tít. V, Ley 27, que trata de la tardanza en la entrega y la recepción y las consecuencias que se siguen de ahí para el riesgo. Entiendo que quiere aludir a la Part. Quinta, Tít. V, Ley 24, que es la que menciona la prueba de la cosa y las consecuencias que se siguen para el comprador si no la realiza.

¹³⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1160-1161.

¹³⁹⁸ Art. 1115 Cc: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. [...]».

¹³⁹⁹ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 153; Díez-PICAZO, 2010, p. 82; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10251.

en concreto, entiende que la promesa de venta entra dentro del art. 1451 Cc¹⁴⁰⁰.

El tercer argumento en favor del carácter objetivo de la prueba es que el legislador reúne en un mismo precepto la compraventa a ensayo o prueba y la compraventa *ad gustum*.

El *Code* las distingue y dedica su art. 1587 a la compraventa de vino, aceite y otras cosas que se acostumbra gustar antes de comprarlas, para las que declara que no hay contrato –«il n'y a point de vente»– hasta que el comprador las guste y apruebe¹⁴⁰¹. Para la compraventa a ensayo, el art. 1588 *Code* dispone que se entiende hecha bajo condición suspensiva¹⁴⁰². La doctrina francesa –salvo alguna aislada confusión¹⁴⁰³– las ha mantenido deslindadas conforme al tenor literal de los preceptos¹⁴⁰⁴, conservando así, al menos *en parte*, la alternativa de POTHIER. Para este autor, se debe distinguir según la prueba se estipule para que el comprador sepa si la cosa es de su gusto o solo

¹⁴⁰⁰ DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1162-1163.

¹⁴⁰¹ Art. 1587 *Code*: «A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées».

¹⁴⁰² Art. 1588 *Code*: «La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive».

¹⁴⁰³ DURANTON, 1846c, apunta que el supuesto del art. 1587 *Code* es una suerte de compraventa a ensayo y por ello sometida a condición suspensiva. Desde otra perspectiva, TROPLONG, 1845, pp. 111 y 133, entiende que no hay compraventa en el art. 1587 *Code* ni en el art. 1588 *Code*; donde el legislador se sirve de expresiones que utiliza de forma inexacta, pues no se trata de una verdadera compraventa condicional. Para el autor, entre ambos preceptos reina una perfecta conformidad.

¹⁴⁰⁴ LAURENT, 1878c, pp. 147-152; BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNANT, 1900, pp. 133-136; MAZEAUD, 1963, pp. 747-748; para quienes el art. 1587 *Code* recoge una promesa unilateral de venta y su letra veda cualquier tratamiento condicional del supuesto de hecho. Dicen, respectivamente, que, al contrario que en la compraventa a ensayo, el comprador no tiene que rendir cuentas de los motivos de su rechazo, su derecho a rechazar la cosa es absoluto o que es juez soberano de la aprobación que se somete a su decisión arbitraria. Ya PORTALIS señala que no hay verdadero consentimiento por parte del comprador hasta que apruebe la cosa (FENET, 1836b, p. 114). Téngase en cuenta aquella posición doctrinal conforme a la cual, hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, la obligación no existe. Con base en esta reflexión, MAZEAUD, 1963, p. 746 afirma que, en el supuesto del art. 1588 *Code*, la compraventa no se concluye hasta que la prueba es satisfactoria.

para saber si es buena. En el primer caso, que arriba al art. 1587 *Code*, el comprador puede separarse del contrato con solo declarar que la cosa no es de su gusto, mientras que, en el segundo, solo puede hacerlo si la cosa no es buena¹⁴⁰⁵. Digo que el *Code* sigue *en parte* la alternativa de POTHIER por dos razones. Por un lado, porque, para el primer caso, el autor no afirma que no haya contrato, como dice el art. 1587 *Code*, sino que el comprador puede separarse de él. De hecho, se ha dicho que el acuerdo previsto sí crea obligaciones recíprocas¹⁴⁰⁶. Por otro lado, porque, para el segundo caso, y aunque este autor no lo diga expresamente en el texto que yo he consultado, la doctrina afirma que POTHIER concibe este segundo supuesto como compraventa bajo condición resolutoria mientras que el art. 1588 *Code* se aparta de tal parecer y lo trata como compraventa sujeta a condición suspensiva¹⁴⁰⁷.

Según sostiene DE CASTRO Y BRAVO, el legislador español no sigue la solución francesa sino el criterio que, en su día, plasmaba el art. 1499 del Código civil holandés; el cual regulaba del mismo modo la venta hecha a prueba o de cosas que es costumbre probar, considerando a ambas sometidas a condición suspensiva. Subraya el autor que GARCÍA GOYENA concuerda el art. 1375 del Proyecto de 1851, reproducido casi en su literalidad por el art. 1453 Cc, con el precepto holandés. Por ello concluye: «La única diferencia apreciable entre los textos españoles y el holandés, es que éste se refiere siempre a venta a prueba y los españoles a ensayo o prueba y a gustar o probar; esta variación se haría seguramente para aclarar que se comprendía toda clase de pruebas y, para evitar cualquier duda, se mencionan especialmente al ensayo y al gustar»¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁵ POTHIER, 1844b, pp. 193-194.

¹⁴⁰⁶ En este sentido, GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 631, quienes opinan que el vendedor tiene la obligación de poner al comprador en la situación que se precise para que deguste la cosa, mientras que el comprador debe proceder a la degustación.

¹⁴⁰⁷ Así lo afirman DELVINCOURT, 1824b, p. 65; TROPLONG, 1845, pp. 130; LAURENT, 1878c, p. 153; BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNANT, 1900, p. 140.

¹⁴⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, 1950, pp. 1161-1162. Le siguen LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 899; BADENES GASSET, 1995, pp. 302-310.

En efecto, apela GARCÍA GOYENA a la solución holandesa. Pero también afirma que en ella «están refundidos los 1587 y 1588 Franceses»¹⁴⁰⁹; acaso sin ser consciente de la diferencia conceptual que hay entre las dos referidas legislaciones¹⁴¹⁰. Y, cuando en la nota explicativa el autor dice que en «la venta á gusto o á prueba, hay una verdadera condicion», a mí no me queda claro si está tratando el supuesto de hecho del precepto como uno solo, o si está aludiendo exclusivamente a la segunda parte del artículo y, por tanto, admitiendo que contempla dos supuestos de hecho distintos¹⁴¹¹.

Ante este panorama, parece que, ya se acepte que el supuesto de la norma es doble o único, el legislador ofrece una sola respuesta¹⁴¹²; igualdad en la solución que abogaría –según se dice– en favor de considerar que el art. 1453 Cc contempla un único tipo de compraventa¹⁴¹³. No obstante, esta impresión ha sido matizada por

¹⁴⁰⁹ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 732.

¹⁴¹⁰ ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10251-10252.

¹⁴¹¹ Se ha dicho que «trata la venta “a gusto o a prueba” como si fuera una sola cosa». *Ibidem*, p. 10251.

¹⁴¹² En esa discusión sobre la naturaleza de la compraventa a ensayo o prueba y la compraventa *ad gustum*, explica ALONSO PÉREZ 1972, p. 331, que, respecto a la primera, el precepto no dice que sea una compraventa condicional, sino que presume que está hecha bajo condición suspensiva para someterla a los efectos de esta última. Con relación a la compraventa *ad gustum*, si bien el autor sostiene que, en rigor, la degustación y la aprobación son requisitos de validez del negocio, indica de forma lacónica que el art. 1453 Cc no lo entiende así (p. 332).

¹⁴¹³ En este sentido, ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10252; en cuya opinión, el inconveniente de la tesis que ve en el precepto dos modalidades de compraventa es que obvia que la solución es siempre la misma. Destaca el autor la «alta dosis de conceptualismo jurídico» que hay entre las dos interpretaciones del precepto, pues si bien en la teoría se muestran muy distintas, en la práctica no son tan diferentes. No obstante, el autor se decanta a favor de la «tesis monista». A su entender (pp. 10256-10257), ninguna de las dos perspectivas que han analizado el precepto son enteramente acertadas porque es tan erróneo decir que las compraventas *ad gustum* no son posibles (aunque, en mi opinión, esto no es lo que dice DE CASTRO Y BRAVO, 1950, p. 1163. Para este autor, las posibles figuras jurídicas en torno a la compraventa a prueba se encuentran fuera del precepto, pero no niega su existencia) como que están contempladas en el art. 1453 Cc. Concluye que, en atención a los antecedentes históricos, es posible que el legislador quisiera haber reflejado la compraventa *ad gustum*, «pero desde el momento en que, como presupuesto para la aplicación del precepto exigió que hubiera ya una venta, es evidente que la venta *ad gustum*, aunque posible, no está recogida en el artículo

otros que ven dos modalidades de contrato distintas al decir que, no obstante su tratamiento unitario, precisan en realidad de distinto régimen jurídico¹⁴¹⁴.

Sea como fuere, en lo que concierne al momento de la transmisión del riesgo, el apostar por una u otra lectura del precepto sí que no conlleva diferencia alguna¹⁴¹⁵. En todo caso, va a ser necesario llegar hasta el momento de la puesta a disposición que establece el art. 1452 Cc. Otra cosa sería determinar con base en qué fundamento el vendedor pecha con el riesgo hasta ese instante en el caso de la compraventa *ad gustum* si se acepta su singularidad y se introduce en el presente discurso el análisis de la naturaleza jurídica de las distintas figuras a través de las cuales se puede encauzar¹⁴¹⁶. Pero ello sería excesivo para la finalidad de estas páginas en las que pretendo esclarecer el cuestionado fenómeno de la transmisión del riesgo al comprador. Por eso, me limito aquí a apelar a la aplicación de la regla de la puesta a

1453, ni tiene verdadera eficacia obligatoria hasta que el comprador aprueba la cosa, momento en el que hay que entender que queda perfeccionado [léase concluido] el contrato».

¹⁴¹⁴ Se remarca esta idea en LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2013, p. 62: no se alude a la figura de la promesa unilateral de venta, sino a una oferta cuya aceptación, y la consiguiente celebración del contrato de compraventa, queda al arbitrio del comprador.

¹⁴¹⁵ Entendiendo que el art. 1453 Cc contempla dos contratos distintos, dice SOTO NIETO, 1965, p. 203, que el régimen del riesgo es el mismo debido a la asimilación que el precepto realiza entre las dos modalidades de compraventa. Con relación a los arts. 1587 y 1588 *Code*, señala la doctrina francesa que la discusión sobre la naturaleza jurídica de los supuestos que prevén no tiene importancia en lo que concierne al riesgo pues, en ambos casos, corresponde al vendedor. En el primer caso, porque la pérdida impide la degustación y la celebración de la venta y porque en caso de deterioro es natural que el comprador no acepte la cosa. En el segundo caso, por aplicación de las normas sobre las obligaciones condicionales. En este sentido, LAURENT, 1878c, p. 148. También BAUDRY-LACANTINERIE/SAIGNANT, 1900, p. 134 – que equivocadamente mencionan al comprador cuando es obvio, en atención a su discurso, que quieren referirse al vendedor– y GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 632. Según estos autores, sí puede ser importante determinar si, en el caso concreto, se está en sede del art. 1587 o 1588 Cc porque, en el segundo, habría que plantearse el juego de la retroactividad con relación a la transmisión de la propiedad; retroactividad que no afecta al riesgo. Como sabemos, el legislador francés de 2016 ha abandonado, como norma, el efecto retroactivo del cumplimiento de la condición suspensiva.

¹⁴¹⁶ En el caso de la compraventa a ensayo no hay duda sobre la existencia de un contrato de compraventa sujeto, por lo tanto, a las normas particulares de este contrato sobre el reparto del riesgo tal y como las explico.

disposición en los términos ya explicados y pararme sobre cuatro cuestiones que acaso pueden tener interés en esta sede.

En primer lugar, me referiré a una cuestión terminológica. La doctrina –bien aludiendo solo a la compraventa a ensayo porque la considera distinta a la compraventa *ad gustum*, bien aludiendo al precepto en su conjunto cuando entiende que solo contempla una modalidad de compraventa– no duda en acudir al término perfección para expresar la idea de que el contrato ya ha sido celebrado¹⁴¹⁷. Pero también se dice que la compraventa se perfecciona en el momento en que el ensayo se realiza con éxito¹⁴¹⁸. De esta segunda perfección se quiere sacar la consecuencia de que el riesgo se transmite entonces al comprador. ALONSO PÉREZ expresa con claridad el parecer general cuando dice que, la constatación de las cualidades de la cosa con el ensayo «determina automáticamente al [sic] *periculum emptoris*»¹⁴¹⁹. Yo niego tal automatismo pues, en todo caso, se requiere la puesta a disposición; la cual, en efecto, podría coincidir con el éxito del ensayo. Pero ello no es así por necesidad.

Como ya sabemos, las referencias a la perfección de la compraventa siempre nos hacen dudar si aluden a la celebración del contrato, a la transmisión del riesgo o a ambas. POTHIER recurría a este concepto a efectos de determinar el momento de la transmisión del riesgo. A lo que aquí interesa, el jurista señala que la compraventa de cosas que se gustan es menos perfecta que la compraventa de cosas que se cuentan, pesan o miden porque el comprador puede decidir separarse del contrato en aquella y no en esta¹⁴²⁰. No dice expresamente que no hay compraventa como sí establece el art. 1587 *Code* y en cuyo ámbito la

¹⁴¹⁷ SOTO NIETO, 1965, p. 198; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 330; PUIG BRUTAU, 1982, p. 153; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 97; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10253.

¹⁴¹⁸ SOTO NIETO, 1965, p. 199; BADENES GASSET, 1995, p. 302.

¹⁴¹⁹ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 332; para quien, antes de ese momento, la compraventa no deviene realizable o con posibilidad de ser ejecutada; de ahí que el riesgo incida sobre el vendedor.

¹⁴²⁰ POTHIER, 1844b, pp. 193-194.

doctrina recurre al término perfección para aludir a la conclusión del contrato antes que a la cuestión de la transmisión del riesgo¹⁴²¹.

En segundo lugar, ha causado ciertas dificultades la referencia del art. 1453 Cc al gustar o probar las cosas «antes de recibirlas». A mi entender, la literalidad del precepto contempla la realización de las operaciones de prueba antes de la entrega; esto es, antes de que el comprador aprehenda la cosa o, si se prefiere, antes de que esta entre en su esfera de control. Pero parte de la doctrina estima que esto no puede ser siempre así porque, en ocasiones, será necesario que el comprador tenga las cosas en su poder para realizar la prueba¹⁴²². También se dice que, si todavía no ha habido entrega, en la mayoría de los casos se llegaría a la conclusión de que todavía no hay un verdadero contrato y el art. 1453 Cc no sería aplicable¹⁴²³. Por ello, se ha llegado a afirmar que el precepto, más que referirse literalmente a la recepción de la cosa, lo que viene a sancionar es una «renuncia» del comprador a realizar la prueba cuando recibe la cosa sin reservas¹⁴²⁴.

Yo dudo que el precepto ofrezca base para sostener tal interpretación. Y reparar en sus antecedentes, como hace ATAZ LÓPEZ para afirmar que la referencia en el precepto a la prueba antes de recibir la cosa es «un cuerpo extraño en el Código español», tampoco es del todo infalible. El autor pretende esclarecer las dudas que genera la mención a la prueba antes de la recepción de la cosa con base en la naturaleza jurídica de la compraventa que regula el art. 1453 Cc. Reconoce la

¹⁴²¹ TROPLONG, 1845, p. 131; LAURENT, 1878c, p. 148.

¹⁴²² BORRELL Y SOLER, 1952, p. 83. Dice PUIG BRUTAU, 1982, p. 153, que hay casos en que es difícil realizar el ensayo antes de la entrega.

¹⁴²³ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10253; cuya opinión se comprende porque, para el autor, el precepto solo acoge compraventas ya celebradas y no simplemente proyectadas, como sería el caso de las denominadas compraventas *ad gustum*.

¹⁴²⁴ MANRESA Y NAVARRO, 1969, p. 155. Le sigue SOTO NIETO, 1965, p. 202. En similar sentido, apunta BORRELL Y SOLER, 1952, p. 83, que el comprador «no ha de haber recibido [la cosa] totalmente para poderla gustar». Entiende ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10253, que esa recepción sin reservas consiste en recibir mostrando conformidad con la cosa. Pero es consciente de que esta interpretación, en el fondo, viene a obviar la referencia a la entrega que hace el precepto.

confusión de GARCÍA GOYENA al concordar los preceptos franceses con el holandés, de donde devendría la compleja redacción del texto español, pero entiende que nuestro legislador adopta la solución del Código holandés. Es en el ámbito del art. 1587 *Code* en donde, dado que no hay contrato concluido, cobra todo el sentido –opina– la prueba y aprobación previa recepción; aunque la doctrina francesa tampoco descarta que la degustación pueda tener lugar después de la *livraison*¹⁴²⁵. Pero en sede del art. 1453 Cc –insiste– ya hay una compraventa celebrada y «lo normal» es que, si se realiza alguna prueba en el establecimiento del vendedor antes de la entrega, no haya todavía contrato. Por ello concluye que, en principio, «el pacto característico de este tipo de venta se refiere a que el comprador podrá probar la cosa *después de haberla recibido*»¹⁴²⁶.

Yo he de decir que no me queda nada claro cuál es el parecer del legislador español en cuanto a la modalidad de contrato que prevé en el precepto. De las palabras de GARCÍA GOYENA, y su concordancia entre las legislaciones francesa y holandesa, cabría pensar que, para el jurista español, el Código holandés tanto sigue como que supera la solución francesa y que, en consecuencia, el art. 1375 del Proyecto de 1851 y, a la postre, el art. 1453 Cc hacen lo mismo. Y de tratarse de lo primero, encontramos textos en nuestra legislación histórica que, en su literalidad, a diferencia del art. 1587 *Code*, corroboran que la prueba de la cosa se realiza antes de la entrega. En efecto, la ya citada Part. Quinta, Tít. V, Ley 24¹⁴²⁷ apela a la *comparecencia* del comprador para que pruebe la cosa; a la posibilidad de que el vendedor lo *requiera* para que *acuda* a realizar la prueba. Del mismo modo, el art. 367.2.º Ccom de 1829 apelaba a la facultad del comprador de *visitar* y examinar la cosa¹⁴²⁸; referencia a la visita del comprador que, en

¹⁴²⁵ HUC, 1897, p. 36; si bien opina que lo normal es tenga lugar antes. Intuyo tal opinión en las explicaciones de GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 631, cuando plantan la posibilidad de que el vendedor deba llevar la cosa al lugar convenido para la degustación.

¹⁴²⁶ ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10253-10254. La cursiva es del autor.

¹⁴²⁷ Cfr. nota a pie de página 1189.

¹⁴²⁸ Art. 367.2.º Ccom de 1829: «Corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas, aunque provengan de caso fortuito: [...] 2.º Cuando por pacto

cambio, ha desaparecido del actual art. 334.2.º Ccom actual que alude a la realización del examen «previamente»¹⁴²⁹.

Ante este panorama, creo que el recurso a los antecedentes no es un argumento definitivo para solventar los problemas interpretativos que genera la referencia a la prueba antes de la recepción de la cosa. A mi entender, si se quiere tomar postura sobre la cuestión, es posible prescindir de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la compraventa, o compraventas, que regula el precepto y atender a otro dato que contiene el art. 1453 Cc y que, si bien no me atrevo a decir que lo confirme, sí al menos invita a pensar que contempla el caso en que la prueba se realiza antes de la entrega: el legislador establece la regla interpretativa de que contrato está condicionado suspensivamente; modalidad de condición que paraliza los efectos típicos del contrato en cuestión entre los que se encuentra, en el caso de la compraventa, la obligación de entrega.

Desde la perspectiva de la disciplina de la transmisión del riesgo se reforzaría esta conclusión por dos razones. En primer lugar, porque el análisis del funcionamiento de la transmisión del riesgo pone en evidencia que la regulación codificada de la compraventa se estructura principalmente sobre un contrato a ejecutar en la plaza del vendedor y lo más probable es que el art. 1453 Cc responda a esta idea y la prueba se realice en el establecimiento de este. En segundo lugar, porque la condición suspensiva se ha concebido tradicionalmente como uno de los escollos más evidentes para la transmisión del riesgo al comprador porque *va de soi* que paraliza la ejecución de la obligación de entrega; obligación a la que mira la cuestión del riesgo. Es así que ATAZ

expreso del contrato, por uso del comercio segun la naturaleza de la cosa vendida, ó por disposicion de la ley, compete al comprador la facultad de visitarla y examinarla, y darse por contento de ella antes que se tenga por conclusa é irrevocable a compra». Dicen GÓMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCÍA, 1859, p. 91, que hasta ese momento no hay contrato perfeccionado.

¹⁴²⁹ Art. 334.2.º Ccom de 1885: «Los daños y menoscabos que sufran las mercaderías, aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en los casos siguientes: [...] 2.º Si por pacto expreso o por uso del comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente».

LÓPEZ, creyendo que el art. 1453 Cc se refiere a la prueba con posterioridad a la entrega, entiende que habría sido preferible configurarla como condición resolutoria, pues en su modalidad suspensiva plantea una serie de problemas y contradicciones, como la ejecución de la obligación de entrega cuando lo normal sería que tal prestación fuese suspendida, a los que el autor trata de buscar solución. Entre otras consideraciones, cuya exposición reservo para la nota a pie, baraja la posibilidad de que la condición suspenda solo la obligación de pago del precio y no la de entrega que ya habría sido ejecutada. Del mismo modo, plantea que la condición suspensiva, más que positiva, sea negativa; de forma que, hipotetizando que se haya fijado un plazo para la prueba, los efectos del contrato no dependen de que la cosa supere la prueba, sino de que no la supere en el plazo fijado¹⁴³⁰.

A mi entender, son propuestas razonables que me obligan a reconocer que los argumentos que he utilizado no son definitivos ni exhaustivos, sino tan solo indiciarios.

Pero no ahondaré más en la cuestión, pues creo que el escenario que se plantea tras la entrega se adentra –a lo que aquí interesa– en el terreno de los riesgos de una eventual restitución. El art. 1452 Cc,

¹⁴³⁰ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10255. Reproduzco aquí las explicaciones del autor: «a) Que la condición sea suspensiva significa que el contrato no produce ningún efecto hasta que la condición se cumpla: ni el comprador está obligado a pagar el precio, ni el vendedor a entregar la cosa. Pero esto último parece contradictorio con el hecho de que tal y como antes se vio, lo normal será que el ensayo se deba hacer *después de la entrega*, porque si se hace antes es mucho más probable que aún no haya contrato. Este inconveniente sólo se puede obviar si se establece un deber accesorio a cargo del vendedor, consistente en poner al comprador en la situación necesaria para que la prueba tenga lugar, o si se asume que aunque la condición afecta a todo el contrato, sólo suspende en realidad la obligación de pago del precio. b) Si se fijó un plazo para la prueba, y el comprador no la realiza dentro del plazo, ello significaría que la condición no se ha cumplido en el plazo indicado, por lo que la consecuencia sería la de que el contrato no llegaría a producir efectos. Pero esa solución es contraria a la buena fe: es más razonable considerar que si el comprador tuvo un plazo para probar la cosa y no la probó, el contrato deba producir todos sus efectos. Esa sería la solución natural si la condición fuera resolutoria, siendo suspensiva, habría que configurar la condición como negativa: los efectos no dependen de que la cosa supere la prueba, sino de que no la supere en el plazo indicado».

insisto, se configura como un régimen dispositivo para los riesgos «de ida», concretamente, antes de la entrega; *régimen dispositivo* que evidentemente las partes pueden alterar haciendo pechar el riesgo al vendedor tras la entrega. Y si la regla interpretativa del art. 1453 Cc es que la condición es suspensiva, quizás no se puede negar que en algún caso en que haya entrega el riesgo corresponda al vendedor antes de la prueba¹⁴³¹. Pero si de lo que se trata es de interpretar el contrato, quizás en otros casos ello no sea razonable en atención al volumen y trascendencia económica que representa esa entrega¹⁴³², debiéndose entender que estamos ante un contrato de compraventa puro o sometido a condición resolutoria, aunque se mencionen eventuales pruebas a realizar. Cuando PUIG BRUTAU analiza el art. 1453 Cc y pone el ejemplo de una compraventa de maquinaria supuestamente hecha a calidad de ensayo o prueba, dice: «por la trascendencia que tiene el buen funcionamiento de la cosa adquirida y *por la dificultad de comprobarlo antes de la entrega*, está dispuesto que el resultado del ensayo o prueba tenga la eficacia de condición»¹⁴³³. Por mi parte, cuesta imaginar que, en semejante caso, de producirse la pérdida fortuita de la maquinaria antes de su prueba, no se plantee la cuestión del riesgo de la restitución a cargo del comprador. En fin, como bien se ha dicho, las condiciones son formas antiguas de solucionar problemas de riesgo contractual¹⁴³⁴. Y, desde una perspectiva actualizadora, no cabe duda de que nos encontramos ante cuestiones que se ventilarían a través de un análisis de la conformidad del bien objeto del contrato.

¹⁴³¹ Ya en D. 18, 6, 8 pr se prevé la posibilidad de la entrega en la compraventa sujeta a condición. Claro que, como explican KASER/KNÜTEL/LOHSSE, 2022, p. 443, la compraventa sujeta a condición solo existía una vez cumplida esta. No solo se suspendían sus efectos como se acostumbra en el Derecho moderno.

¹⁴³² Ya MARCADÉ, 1852b, p. 153, opina que todas las interpretaciones y discusiones doctrinales en torno a los arts. 1587 y 1588 *Code* son bastante insustanciales porque, cualesquiera que sean las ideas del legislador, en realidad hay que estar a las ideas de los contratantes.

¹⁴³³ PUIG BRUTAU, 1982, p. 153. La cursiva es añadida.

¹⁴³⁴ CARRASCO PERERA, 2013, p. 8163.

La tercera cuestión que habré de plantear aquí tiene que ver con el momento en que tal prueba ha de realizarse y las consecuencias que, su no realización, tiene a efectos del riesgo. Se ha dicho con demasiada prontitud que, si se ha fijado un plazo para la prueba y el comprador no la realiza, «la venta ha devenido perfecta y los riesgos son para él». Vuelve a asomar aquí la cuestión de si el art. 1453 Cc contempla uno o dos contratos, porque lo anterior se ha dicho respecto a la compraventa *ad gustum*¹⁴³⁵, entendiéndola distinta a la compraventa a ensayo. Pero cabría considerar extensible el mismo criterio a esta. La doctrina francesa así se pronuncia no solo respecto al art. 1588¹⁴³⁶, sino también el art. 1587 *Code* junto con el anterior; requiriendo la realización la prueba o ensayo en el plazo fijado o en uno razonable¹⁴³⁷. Se trata de criterios semejantes al de POTHIER cuando afirmaba que el riesgo es del comprador cuando se retrasa en hacer la degustación¹⁴³⁸. Aunque también hay quien lo ha negado¹⁴³⁹.

Del mismo modo, en la doctrina francesa se plantea que la falta de la realización de la degustación –art. 1587 *Code*– o el ensayo –art. 1588 *Code*– ha de considerarse como aceptación del comprador¹⁴⁴⁰. Otros solo lo dicen respecto a la degustación¹⁴⁴¹ y otros no plantean la

¹⁴³⁵ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 333.

¹⁴³⁶ MAZEAUD, 1963, p. 747.

¹⁴³⁷ GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 631. También apelan al plazo razonable, a falta de pacto y en atención a las circunstancias, LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 63; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10256. Pero no hacen mención específica a la cuestión de la transmisión del riesgo.

¹⁴³⁸ POTHIER, 1844b, p. 193.

¹⁴³⁹ TROPLONG, 1845, pp. 121, 132-133, se pregunta cómo es posible hacer responsable al comprador del riesgo si todavía no hay una compraventa perfecta. Aplica este razonamiento a ambos arts. 1587 y 1588 *Code* porque considera que contienen supuestos idénticos. Para la compraventa *ad gustum*, dice DELVINCOURT, 1824b, p. 65, que el riesgo es siempre del vendedor hasta que la degustación tenga lugar.

¹⁴⁴⁰ A mi entender no se justifica la diferenciación que realiza, pero TROPLONG, 1845, pp. 121, 132-133, solo plantea esta posibilidad para el caso en que, si bien en un primer momento no se señala plazo, el vendedor interpela posteriormente al comprador para que realice la prueba. En cambio, si el contrato sí establece plazo para la degustación y el comprador no la realiza, considera que el vendedor queda desligado de toda obligación frente al comprador. Aplica este razonamiento a ambos arts. 1587 y 1588 *Code*.

¹⁴⁴¹ HUC, 1897, p. 36.

cuestión en tales términos, o incluso parecen negarla para el caso de la degustación, limitándose a señalar que los riesgos pasan al comprador transcurrido el plazo¹⁴⁴². En el ámbito del art. 1453 Cc, o bien se entiende la condición de la prueba como negativa y si el comprador no comunica nada al vendedor en el plazo se tiene la condición por cumplida¹⁴⁴³, o bien se baraja tener la cosa por aprobada¹⁴⁴⁴.

A mi entender, hay que hacer las siguientes precisiones. Si se acepta que el precepto contempla dos modalidades de contrato distintas, en caso del transcurso del plazo fijado o del razonable para la degustación de la cosa en la compraventa *ad gustum*, en la medida que se ha acercado la figura al contrato de promesa unilateral de venta, a falta de declaración de agrado del comprador, se debe entender que el contrato no se ha concluido. Por lo tanto, no hay lugar a valorar la aplicación de la disciplina de la transmisión del riesgo¹⁴⁴⁵.

Respecto a la compraventa a ensayo o prueba, bien se acepta que es la otra modalidad de contrato que contempla el precepto, bien se entienda que es el único contrato previsto, cabría valorar dos opciones: si se entiende que la condición es negativa, parece razonable que pasado el plazo se tenga la condición por cumplida y, a lo que ahora interesa, se abra la posibilidad a la transmisión del riesgo con la puesta a disposición. Si se entiende que la condición es positiva, aflora lo decisiva que es aquí la cooperación del comprador. Me parece razonable extrapolar a la prueba las mismas ideas manejadas respecto a la participación del comprador en la especificación o puesta a disposición de las cosas genéricas. Por lo tanto, tal prueba ha de

¹⁴⁴² GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 631. Dicen los autores que en el caso del art. 1587 Code, la transmisión de la propiedad solo se puede operar, a falta de otro acuerdo, cuando el comprador efectivamente acepta la cosa.

¹⁴⁴³ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10256.

¹⁴⁴⁴ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 154.

¹⁴⁴⁵ Dicen LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 63, que debe estimarse extinguido el contrato, salvo que la interpretación de la voluntad de las partes pueda inferirse que el silencio o la inactividad del comprador significa su conformidad con la calidad de la cosa vendida. El autor habla de *extinción* del contrato, pero en sus explicaciones habla de una mera oferta a aceptar al arbitrio del comprador.

configurarse como una obligación del comprador¹⁴⁴⁶ y, en caso de su no realización, cabe plantear dos cuestiones. Por un lado, si antes se contemplaba la especificación del género por parte del vendedor, aquí se debe aceptar la posibilidad de que el vendedor pueda realizar la prueba él mismo o con asistencia de peritos, pues se trata de comprobar una cualidad objetiva de la cosa¹⁴⁴⁷. Por otro lado, y dado que considero que esta cooperación del comprador ha de configurarse como una obligación de este, su ausencia o retraso abandona el escenario del riesgo y –como antes expliqué respecto a la falta de colaboración del comprador en la especificación o puesta a disposición del género– conduce a la figura del incumplimiento, la *mora debitoris* o, en su caso, la *mora creditoris*.

En cuarto y último lugar, ha vuelto a asomar aquí una relación que procede de antiguo: el *adpendere*, *adnumerare*, *admetiri* y la *degustatio*; el contar, pesar o medir y la prueba del género. Permanecen vestigios sobre un distinto tratamiento del riesgo en caso de que ambas actuaciones se realicen en momentos distintos, pues puede especificarse el género primero y probarse después o viceversa. Apela GARCÍA GOYENA a la autoridad de Voet para distinguir el riesgo del *acoris et mucoris* –«acederse ó tornarse el vino», dice– del riesgo del *corpore vini* –el derramamiento– y concluir que es razonable un distinto proceder respecto del riesgo de calidad y cantidad¹⁴⁴⁸. No habré de entrar aquí en tales disquisiciones porque, cristalizado el momento del reparto del riesgo en la puesta a disposición, el vendedor pecha con todo riesgo anterior. Las diferencias que haya habido en el pasado, ya no se justifican en la regulación codificada.

¹⁴⁴⁶ Así lo plantean PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, 1966, p. 154. En la doctrina francesa, MAZEAUD, 1963, p. 747; GHESTIN/DESCHÉ, 1990, p. 631. Los autores incluso hablan de este deber del comprador para la compraventa del art. 1587 *Code*. En lo que atañe al Derecho español, si se entiende que el art. 1453 Cc recoge la compraventa *ad gustum*, no creo que exista tal obligación del comprador.

¹⁴⁴⁷ Esta intervención del vendedor o la eventual reclamación del peritaje ya se plantea, como norma, por PUIG BRUTAU, 1982, p. 153. Le sigue ALONSO PÉREZ, 1972, p. 331.

¹⁴⁴⁸ GARCÍA GOYENA, 1852 (1974), p. 732.

V. COMPRAVENTA ALTERNATIVA

Se ha dicho que la obligación alternativa no tiene función técnica de garantía, pero sí reduce el riesgo de extinción de la obligación que el art. 1182 Cc atribuye al acreedor en caso de pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor¹⁴⁴⁹. Las reglas contenidas en los arts. 1134 a 1136 Cc –acaso excesivas a pesar de la escasa trascendencia práctica que tienen las obligaciones alternativas¹⁴⁵⁰– modulan, por tanto, la regla general del riesgo de la prestación; pero no ofrecen una respuesta para la cuestión del riesgo de la contraprestación. Habrá que estar a las normas atinentes a los contratos bilaterales en general o a sus previsiones en particular; lo cual nos lleva, en materia de compraventa, a aplicar la especialísima norma contenida en el art. 1452 Cc¹⁴⁵¹.

Disponen los arts. 1133¹⁴⁵² y 1136.I Cc¹⁴⁵³ que la concentración¹⁴⁵⁴ de la obligación alternativa tiene lugar cuando se notifica la elección de la prestación con la que se pretende cumplir; declaración de voluntad unilateral y de carácter recepticio¹⁴⁵⁵ que requiere el conocimiento del destinatario –deudor o acreedor, según quien tenga encomendado realizar la elección¹⁴⁵⁶– pero no su aceptación o consentimiento¹⁴⁵⁷. A

¹⁴⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8310. LOOSCHELDERS, 2021, p. 201, define la deuda alternativa como aquella en que se deben varias prestaciones diferentes (es decir, no pertenecientes a un género) de manera que solo tiene que ejecutarse una u otra. La prestación elegida vale como la única debida desde un principio; de ahí que, pese a la diversidad de prestaciones debidas hasta entonces, no se trata de varias prestaciones, sino de una prestación unitaria con un contenido relativamente indeterminado al principio.

¹⁴⁵⁰ LOOSCHELDERS, 2021, p. 201 remarca la escasa relevancia de las obligaciones alternativas en la práctica contractual.

¹⁴⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, 1983, p. 185; MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8338.

¹⁴⁵² Art. 1133 Cc: «La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada».

¹⁴⁵³ Art. 1136.1 Cc: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor».

¹⁴⁵⁴ Crítico con esta terminología, D'ORS, 1944, p. 17.

¹⁴⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 99.

¹⁴⁵⁶ El art. 1132 Cc parte de la hipótesis de que la elección corresponde al deudor.

partir de ese momento, la obligación queda sujeta al régimen general de las obligaciones; como si fuese simple, se suele afirmar con premura¹⁴⁵⁸. De ahí que las reglas especiales de los arts. 1134 a 1136 Cc relativas a la imposibilidad se aplican solo en el tiempo que transcurre desde el nacimiento de la obligación hasta la elección¹⁴⁵⁹.

A lo que aquí interesa, de esa apelación al tratamiento de la obligación alternativa como obligación pura y simple tras su concentración, tradicionalmente se ha obtenido la consecuencia de la transmisión del riesgo al comprador en la compraventa alternativa *ex art.* 1452 Cc¹⁴⁶⁰; resultado de la ya indubitada determinación de la prestación de entrega que sería suficiente para animar dicha transmisión. Conforme a lo ya explicado hasta ahora, no puedo compartir esta opinión. Será necesario que tenga lugar la puesta a disposición de la cosa con todos los requisitos ya indicados. La notificación, conforme al régimen de las obligaciones alternativas, puede suponer la atribución del riesgo de la prestación al comprador, pero no es suficiente para que peche con el riesgo de la contraprestación. Nada obsta para que la elección y la puesta a disposición puedan tener lugar en el mismo instante, como tampoco hay impedimento para que dicha concentración tenga lugar en el momento del cumplimiento¹⁴⁶¹ y ya no se plantee la cuestión de

¹⁴⁵⁷ HERNÁNDEZ GIL, 1960, p. 146. Le sigue ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 39. MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8332, plantea que no es necesario realizar la notificación si la otra parte ya tiene conocimiento de la elección.

¹⁴⁵⁸ El art. 1136.1 Cc dice que la obligación «cesará de ser alternativa». RAMS ALBESA, 1993, p. 113, señala que la expresión del precepto es una licencia del lenguaje, pues no se produce una novación de la obligación alternativa en simple, sino que se abre la disciplina del pago que es coincidente con la general del sistema. No obstante, es habitual que la doctrina afirme que la obligación «deja» de ser alternativa y «se convierte» o «pasa a ser tratada» como pura y simple. Así se expresan CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 99; ALBALADEJO GARCÍA, 1983, p. 155; PUIG BRUTAU, 1988, p. 198; MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8327.

¹⁴⁵⁹ ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 38; MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8337.

¹⁴⁶⁰ Lo dicen de forma expresa o implícita, BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 175; SOTO NIETO, 1965, p. 185; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 335; ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 154-155.

¹⁴⁶¹ CASTÁN TOBEÑAS, 1954, p. 98; ALBALADEJO GARCÍA, 1980a, p. 38; LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2011, p. 72.

la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa¹⁴⁶². Pero también es posible que la elección sea un acto todavía más preparatorio de lo que es la puesta a disposición respecto de la entrega.

Otra cosa sucede en el Derecho francés, donde las normas sobre la transmisión del riesgo han cristalizado de diversa manera. Aclarada y reafirmada la vinculación entre la cuestión del riesgo y la transmisión de la propiedad tras la reforma del año 2016, dado que la propiedad se transmite al adquirente una vez que se da a conocer la elección si la prestación se trata de una cosa específica¹⁴⁶³, que no tiene por qué serlo¹⁴⁶⁴, el art. 1196 *Code* saca de ahí las consecuencias para la transmisión del riesgo¹⁴⁶⁵. Señala la doctrina que, si bien el legislador de 2016 trata de simplificar las disposiciones relativas a la imposibilidad de las prestaciones alternativas teniendo en cuenta el escaso interés práctico de la cuestión, en realidad la accesibilidad a tales reglas no ha salido reforzada y es necesario recurrir a diversos argumentos *a contrario* para tener un panorama completo de las

¹⁴⁶² La controversia que ha generado esta cuestión en el ámbito de las obligaciones genéricas no existen respecto de las obligaciones alternativas porque el Código prevé con claridad que la concentración puede tener lugar antes de la *solutio*.

¹⁴⁶³ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 736. Para la regulación anterior a la reforma, así lo señala LAURENT, 1878b, 234; aunque el autor desliga la cuestión de la transmisión de la propiedad y el riesgo.

¹⁴⁶⁴ La obligación alternativa no tiene por qué recaer sobre cosas específicas. Con la reforma del año 2016, los nuevos preceptos que regulan la obligación alternativa –arts. 1307 a 1307-5 *Code*– aluden a las *prestaciones* –de cualquier naturaleza dicen CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 736– que pueden ser objeto de esta modalidad de obligación, mientras que los derogados arts. 1189 a 1196 *Code* hablaban de *cosas*. BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 219, señala que la regulación anterior supone que la obligación alternativa recae sobre cuerpos ciertos y determinados, aunque LAURENT, 1878b, p. 238, plantea que recaiga sobre género.

¹⁴⁶⁵ BIGOT-PRÉAMENEU entiende que, en las obligaciones alternativas, no se sabe qué cosa va a ser entregada; la propiedad, y en consecuencia los riesgos, corresponden al deudor (FENET, 1836a, p. 246). Pero la relación entre la transmisión de la propiedad y la de los riesgos, como sabemos, no fue siempre admitida tras la publicación del *Code* en 1804 y parte de la doctrina las separa. Para los casos en que todas las cosas alternativas perecen antes de la elección, LAURENT, 1878b, p. 238, hace soportar el riesgo al comprador porque el vendedor habría cumplido su obligación conservando con diligencia. Por su parte, DEMOLOMBE, 1872, pp. 18-20, atribuye el riesgo al comprador porque las cosas alternativas periclitadas eran ciertas y determinadas; característica que, a su entender, es suficiente para que peca con el riesgo.

hipótesis contempladas¹⁴⁶⁶. Ya con anterioridad a la reforma, la doctrina francesa era bastante crítica con la regulación y determinados resultados sancionados por el legislador, contrarios a los antiguos principios recogidos por POTHIER¹⁴⁶⁷, para los casos en que, de las varias prestaciones alternativas, unas perecen por culpa del deudor y otras por caso fortuito antes de la elección¹⁴⁶⁸. No ahondaré aquí sobre tales cuestiones –pues sería excesivo para la finalidad de las presentes explicaciones– y me limitaré, en su caso, a realizar puntuales menciones con ocasión del estudio de la normativa española.

De lo dicho unas líneas más arriba, se comprenderá que, en el ámbito de las compraventas alternativas, es más bien escaso el impacto de la pérdida o deterioro fortuitos sobrevenidos antes de la elección sobre la cuestión de la transmisión del riesgo. Hasta el momento de la puesta a disposición *ex art.* 1452 Cc, todo riesgo corresponde al vendedor. Sin embargo, es de interés pararse en las interpretaciones que realiza la doctrina y el distinto criterio que se maneja para el caso de pérdida. Se suele dividir el estudio en atención a si la elección corresponde al vendedor o al comprador. Pero, dado que las conclusiones a las que se llegan son las mismas independientemente de quien es la parte que ha de elegir, no hace falta adoptar aquí dicho esquema. Sí procede, en cambio, distinguir dos escenarios para los supuestos de pérdida y realizar una mención aparte al caso de deterioro. Las siguientes son reflexiones que parten de la base de que la compraventa alternativa recae sobre cosas específicas por la sencilla razón de que el legislador

¹⁴⁶⁶ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 740. Respecto a los arts. 38 a 41 *Avant-Projet Terré*, en los que se inspira el legislador de 2016, señala DESHAYES, 2013, pp. 75-76, que vienen a simplificar los preceptos del *Code*, inútilmente largos, complejos y relativos a una cuestión rara en la práctica. Remarca también la necesidad de realizar lecturas *a contrario*.

¹⁴⁶⁷ POTHIER, 1844a, pp. 237-238.

¹⁴⁶⁸ DELVIN COURT, 1824a, pp. 135-136 y 495-497; DEMOLOMBE, 1872, pp. 3-20 y 55-72; LAURENT, 1878a, pp. 231-258; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, pp. 219-231. Para una comparativa entre el régimen anterior y posterior a la reforma del 2016, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 689-693.

adopta tal supuesto como prototipo. Como ya he señalado, creo que no es preciso que las prestaciones alternativas sean de tal naturaleza¹⁴⁶⁹.

En primer lugar, en el caso en que la pérdida afecta a todas las prestaciones alternativas menos una, con base en los arts. 1134¹⁴⁷⁰ y 1136.II.1.^a Cc¹⁴⁷¹, la doctrina entiende que la compraventa deviene pura y simple –«perfecta y realizable», dice ALONSO PÉREZ– con la consecuencia de que el riesgo corresponde al comprador en virtud del art. 1452 Cc desde el mismo instante en que resta una sola cosa¹⁴⁷². No puedo compartir esta conclusión porque no comparto la interpretación que estos autores realizan del art. 1452 Cc. Sin la puesta a disposición con todos sus requisitos, no es posible transmitir el riesgo al comprador, por mucho que ya soporte el riesgo de la prestación tras la súbita e incluso desconocida concentración¹⁴⁷³.

Habría que precisar que las anteriores explicaciones parten de la base de que la pérdida de todas las cosas menos una ha tenido lugar por caso fortuito. Si alguna cosa perece por caso y otra por culpa, se debe hacer dos precisiones que aquí solo dejo apuntadas. Por un lado, en el caso en que la elección corresponde al vendedor, la doctrina entiende que el art. 1134 Cc entra en aplicación con independencia de que las

¹⁴⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, 1983, pp. 156-157, plantea la combinación de distinto tipo de obligaciones; alternativas, genéricas, condicionales, a plazo, etc. En contra, señala DíEZ-PICAZO, 2008a, p. 341, que «cada una de las prestaciones alternativas previstas han de ser en sí mismas prestaciones específicas e individualmente determinadas».

¹⁴⁷⁰ Art. 1134 Cc: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable».

¹⁴⁷¹ Art. 1136.II.1.^a Cc: «Hasta entonces [la notificación al deudor de la elección por el acreedor cuando se le hubiese atribuido] las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1.^a Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera».

¹⁴⁷² BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 176-177; SOTO NIETO, 1965, pp. 188-189; ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 336-337; ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 155-156.

¹⁴⁷³ ALBALADEJO GARCÍA, 1983, p. 156, entiende que, para casos de concentración por imposibilidad, esta se produce desde que acontece el hecho concentrador y con independencia de que llegue a conocimiento de los interesados. Excepciona el caso en que la elección haya sido confiada a un tercero.

pérdidas previas se deban a caso fortuito o culpa del deudor¹⁴⁷⁴; de ahí que el riesgo de que la última prestación se pierda por caso fortuito recaer sobre el acreedor¹⁴⁷⁵ y, en el caso del contrato de compraventa, se pueda tratar la cuestión del riesgo de la contraprestación tal y como he explicado en el párrafo anterior. Otra cosa sucede en el Derecho francés pues, a pesar de que el derogado art. 1193.1 *Code*¹⁴⁷⁶ y el nuevo art. 1307-3 *Code*¹⁴⁷⁷ parezcan indicar que, restando una de las cosas, es indiferente que las previas se pierdan por culpa o caso fortuito antes de la elección, en atención al ya derogado art. 1193.2 *Code*¹⁴⁷⁸ y el nuevo art. 1307-5 *Code*¹⁴⁷⁹, no se puede decir que el riesgo de la prestación y el riesgo de la contraprestación correspondientes a la última cosa recaigan sobre el acreedor en caso de perecimiento fortuito¹⁴⁸⁰; la responsabilidad del deudor queda comprometida y no se está ante el escenario del riesgo. Ya POTHIER recoge ciertas previsiones al respecto¹⁴⁸¹ que siguen los antecedentes del Derecho romano¹⁴⁸². Por otro lado, en el caso en que la elección

¹⁴⁷⁴ SCÆVOLA, 1957, pp. 830; PUIG BRUTAU, 1988, p. 199.

¹⁴⁷⁵ SCÆVOLA, 1957, pp. 833, que descarta aplicar razonamientos semejantes a los del Derecho francés.

¹⁴⁷⁶ Antiguo art. 1193.1 *Code*: «*L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périclite et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur*».

¹⁴⁷⁷ Nuevo art. 1307-3 *Code*: «*Le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres*».

¹⁴⁷⁸ Antiguo art. 1193.2 *Code*: «*Si toutes deux sont périées, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière*».

¹⁴⁷⁹ Nuevo art. 1307-5 *Code*: «*Lorsque les prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure*».

¹⁴⁸⁰ Con anterioridad a la reforma del año 2016, la doctrina señalaba que no había que tomarse al pie de la letra la fórmula de que la obligación deviene pura y simple que recogía el art. 1193.1 *Code*: DEMOLOMBE, 1872, p. 57; LAURENT, 1878a, p. 255; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 221. Sobre los nuevos preceptos, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 689-693; CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 736-742.

¹⁴⁸¹ POTHIER, 1844a, p. 238, señala que cuando la primera cosa perece por culpa del deudor y la que resta sin ella y antes de que aquel se constituya en mora; aunque debería quedar liberado por ambas, la equidad requiere que quede obligado al precio de la que ha perecido por su culpa.

¹⁴⁸² Explica GROSSO, 1966, pp. 216-218, que en el caso de que la elección corresponda al deudor, la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones, ya sea por causa imputable o no al deudor, concentra la obligación en la prestación restante. No obstante, la doctrina apunta que en esta materia se producen alteraciones mediante interpolaciones de los compiladores. A lo que ahora interesa, si el primer objeto perece por culpa del deudor y el segundo por caso

corresponde al comprador, en virtud del art. 1136.II.2.^a Cc¹⁴⁸³ se comprende que no es indiferente si las previas pérdidas se deben a culpa o caso fortuito y no se estaría ante el genuino escenario del riesgo respecto de la última¹⁴⁸⁴. Para el Derecho francés, confróntese el ya derogado art. 1194 *Code*¹⁴⁸⁵ y el nuevo art. 1307-4 *Code*¹⁴⁸⁶.

Retomando el hilo de la cuestión, el segundo escenario que plantea la doctrina es aquel en que todas las cosas objeto de la prestación alternativa perecen por caso fortuito antes de la elección. Con relación a este supuesto, se han esbozado dos opiniones contrapuestas.

ALONSO PÉREZ entiende que el riesgo es del comprador con base en tres razones. Uno de sus argumentos es el histórico, que yo aquí

fortuito, según el Derecho clásico, la obligación se extingue. No obstante, los compiladores conceden al acreedor la posibilidad de reclamar una indemnización mediante la *actio doli*, posiblemente con base en la circunstancia de que la culpa precedente del deudor con el concurso del sucesivo perecimiento frustra la legítima expectativa del deudor. Así lo explican BONFANTE, 1979, p. 179; D'ORS, 1944, p. 12; ALBERTARIO, 1945, pp. 234-235, siguiendo a Scialoja. En cambio, GROSSO, 1966, pp. 221-222, considera que la solución justinianeana tiene precedentes clásicos.

¹⁴⁸³ Art. 1136.II.2.^a Cc: «Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido».

¹⁴⁸⁴ Para el Derecho romano, D'ORS, 1944, p. 12, y GROSSO, 1966, p. 223, explican que, si la elección se atribuye al acreedor y una de las prestaciones deviene imposible sin culpa del deudor, la obligación se reduce a la prestación que todavía es posible. Si la imposibilidad se debe a su culpa, el acreedor dispone de acción por aquella prestación que se hace imposible pero que queda perpetuada por la culpa del deudor.

¹⁴⁸⁵ Antiguo art. 1194 *Code*: «*Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier, / Ou l'une des choses seulement est périée ; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périée ; / Ou les deux choses sont périées ; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix*».

¹⁴⁸⁶ Nuevo art. 1307-4 *Code*: «*Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres*». Para el estudio de estos preceptos, véase la doctrina francesa ya citada en las anteriores notas a pie de página.

reservo para la nota a pie de página¹⁴⁸⁷. En segundo lugar, recurre a una lectura *a sensu contrario* de los arts. 1135¹⁴⁸⁸ y 1136.II.3.^a Cc¹⁴⁸⁹. Respecto al primero, entiende el autor que, si en el caso de que todas las cosas perezcan por culpa del deudor este debe el valor de la última en perecer, en la compraventa dicho valor es el precio que el comprador no paga y que, *a contrario*, sí ha de pagar cuando la pérdida es fortuita. Respecto al segundo precepto, si en el caso de que todas las cosas perezcan por culpa del deudor este debe el precio de aquella que elija el acreedor, *a contrario*, cuando perezcan fortuitamente, en el contrato de compraventa el comprador queda privado de la elección, el vendedor liberado del deber de prestar y, dado que el contrato es válido y eficaz desde su conclusión, el art. 1452 Cc determina la aplicación de la máxima *periculum est emptoris*¹⁴⁹⁰. A mi entender, no hay argumento *a contrario* que valga a partir de unos preceptos que solo tratan del riesgo de la prestación y no de la contraprestación, ni la validez y eficacia de la compraventa desde su conclusión determina la transmisión del riesgo al comprador.

El tercer argumento al que recurre el autor es el que sigue: «el vendedor tiene derecho al precio porque las prestaciones alternativas eran perfectamente realizables al tiempo de celebrarse el contrato. La venta alternativa es perfecta y eficaz desde el primer momento. El

¹⁴⁸⁷ Una mención expresa a la cuestión del riesgo en materia de compraventa alternativa se realiza en D. 18, 1, 34, 6. El texto presenta una hipótesis en la que se venden alternativamente dos esclavos. Mientras la obligación permanece alternativa (y correspondiendo, en principio, la elección al vendedor), el riesgo por la muerte fortuita de uno de los esclavos concierne al vendedor. Muerto éste, la obligación se concentra en el otro. Si éste también muere fortuitamente, o los dos esclavos mueren a la vez, el vendedor queda liberado pero el comprador debe pagar el precio en aplicación del principio *periculum est emptoris*. FAUCHILLE, 1882, p. 84; D'ORS, 1944, p. 22; IMPALLOMENI, 1959, p. 57.

¹⁴⁸⁸ Art. 1135 Cc: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta./ La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible».

¹⁴⁸⁹ Art. 1136.II.3.^a Cc: «Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

¹⁴⁹⁰ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 336-338. Le sigue ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 155-156.

vendedor se halla vinculado a la entrega de los objetos que queden (art. 1.134): ¿Por qué entonces no va a tener derecho al precio, si estaba dispuesto a cumplir y ningún obstáculo se oponía a la entrega? Pienso que ha de aplicarse en su integridad la doctrina del art. 1.452 del C. c. En consecuencia, *periculum est emptoris*¹⁴⁹¹. Una cosa es que las prestaciones alternativas sean teóricamente realizables desde la conclusión del contrato y otra cosa es que lo sean en la práctica. Del mismo modo, una cosa es que el vendedor se muestre dispuesto a cumplir –que quiera cumplir– y otra cosa es que tenga lugar la puesta a disposición con todos los requisitos ya explicados. Si todas las cosas perecen por caso fortuito a la vez o, siendo la elección del vendedor, perecen unas por caso fortuito y otras por culpa del deudor o todas por su culpa menos una y esta acaba pereciendo por caso fortuito antes de la puesta a disposición, el riesgo es del vendedor. Recuérdese que el escenario varía en caso de que la elección corresponda al acreedor y alguna pérdida se produzca por culpa del deudor.

Según otro sector doctrinal, en caso de pérdida fortuita de todas las cosas antes de la elección, el riesgo corresponde al vendedor. En opinión de BÉRGAMO LLABRÉS, se trata de una excepción al «principio» –*rectius* regla– *periculum est emptoris*¹⁴⁹². Como ya sabemos, la regla del art. 1452 Cc no es que el riesgo corresponda al comprador, sino su reparto entre ambas partes con base en el criterio de la puesta a disposición. Con más tino, entiende SOTO NIETO que el riesgo corresponde al vendedor porque no ha surgido «el deber de entrega sobre el cual se monta todo el andamiaje de la regla *res perit emptori*»¹⁴⁹³. Téngase en cuenta que la opinión de estos autores solo puede referirse al caso en que la pérdida fortuita afecta a todas las cosas a la vez porque, de afectar a todas menos a una, entienden que el riesgo corresponde al comprador.

¹⁴⁹¹ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 337.

¹⁴⁹² BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 176-177.

¹⁴⁹³ SOTO NIETO, 1965, p. 188.

En tercer y último lugar, solo los autores que atribuyen el riesgo al vendedor en caso de pérdida antes de la elección se plantean el tema del riesgo en caso de deterioro precisamente porque entienden que corresponde al comprador. En primer lugar, se ven en la necesidad de advertir que si la cosa deja de ser apta para el uso a que ha sido destinada, en realidad nos encontramos ante un caso de pérdida; aclaración que es síntoma de lo problemático que es pretender someter a dos regímenes distintos el riesgo en caso de pérdida y deterioro.

Para el caso de deterioro, entienden que ello no excluye que la elección pueda recaer sobre la cosa deteriorada y que, en consecuencia, soporte el riesgo el comprador; opinión que, ellos mismos reconocen, carece de un precepto terminante que la sustente¹⁴⁹⁴. No niego que la elección pueda recaer sobre una cosa deteriorada¹⁴⁹⁵ y que el comprador soporte el riesgo de la prestación, pero hasta el momento de la puesta a disposición, el riesgo de la contraprestación corresponde al vendedor. Al igual que señalo para el caso de deterioro durante la fase de pendencia de la condición suspensiva, se le debe permitir al comprador reducir el precio: adaptación, por lo tanto, del art. 1460 Cc. Como ya he señalado, el

¹⁴⁹⁴ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 176-177. Le sigue SOTO NIETO, 1965, p. 189. Para el caso de que la elección corresponda al vendedor, ambos autores realizan una comparativa con las obligaciones genéricas cuyo planteamiento considero erróneo: «no se puede invocar aquí – dicen– aquel principio en virtud del cual el obligado con derecho de elección entre varias cosas no puede ser constreñido a entregar la mejor ni puede saldar su deuda dando la peor, porque tal principio, que actúa con toda normalidad cuando se trata de cosas indeterminadas referidas a un cierto género o a una cierta especie, es, sin embargo, totalmente inoperante cuando se trata de una obligación alternativa recayente sobre varias cosas en sí ciertas e individualmente determinadas». Para el Derecho romano, FAUCHILLE, 1882, pp. 86-87, sostiene que, siendo la elección del vendedor, éste puede escoger la cosa no deteriorada y, en consecuencia, sufrir el riesgo. No obstante, como será más frecuente según su interés, escogerá la cosa que se ha perdido parcialmente y el riesgo será del comprador. Según el autor, en el caso de que la elección corresponda al comprador la solución es análoga a la anterior. Si se deterioran todas las cosas vendidas alternativamente, el riesgo es en todo caso del comprador, pues debe pagar el precio total, y tal riesgo será mayor o menor según se escoja la cosa más o menos deteriorada.

¹⁴⁹⁵ Con carácter general, atendiendo solo al riesgo de la prestación, entiende ALBALADEJO GARCÍA, 1983, p. 184, que ello es posible. Apela a la observación de la buena fe, art. 7 Cc, cuando la elección corresponde al deudor.

contar, pesar y medir de la compraventa *ad mensuram* ya contiene una implícita reducción del precio.

VI. COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

A falta de una particular regulación legal de la compraventa de cosa futura en el Código civil español más allá del reconocimiento por el art. 1271.1 Cc de que el objeto de los contratos puede recaer sobre cosas futuras¹⁴⁹⁶, se apela a la voluntad de las partes, su interpretación e integración para determinar cómo se configura la compraventa en cuestión y el reparto del riesgo¹⁴⁹⁷. Asoma en el discurso la antigua distinción entre la *emptio spei* y *emptio rei speratae* acompañada de una prolija elucubración doctrinal sobre su naturaleza jurídica que repercute, a lo que aquí interesa, en la cuestión del riesgo. Me limito aquí a dejar apuntadas unas pocas notas.

Explica ZIMMERMANN que la *emptio spei* presenta un fuerte elemento de azar para ambas partes contratantes, pues el precio acordado se debe tanto si la prestación debida por el vendedor adquiere existencia o no como si, de existir, es de esta u otra calidad o cantidad¹⁴⁹⁸. Se trata de una compraventa efectiva desde el mismo día de su celebración; una compraventa de existencia inmediata que recae sobre la esperanza (*spes*) de que la cosa llegue a existir. El objeto del contrato no es tanto la cosa como una eventualidad (*quasi alea*) que puede verse o no materializada¹⁴⁹⁹. La explicación, no obstante, ha

¹⁴⁹⁶ Art. 1271.1 Cc: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

¹⁴⁹⁷ Díez-PICAZO, 2010, p. 75.

¹⁴⁹⁸ En determinados casos, apunta ZIMMERMANN, 1996, p. 247, el agricultor necesita urgentemente dinero y, al mismo tiempo, quiere protegerse frente a cambios del precio, mientras que el comprador está preparado para especular y arriesgar su dinero en atención a la oportunidad de obtener un gran beneficio. Con anterioridad, sostiene LONGO, 1944, p. 188, en nota a pie, que el promitente del resultado corre el riesgo de prestar una copiosa presa –los peces capturados, por ejemplo– por una suma insuficiente y el promitente de la suma corre el riesgo de pagar por un resultado insuficiente o igual a cero.

¹⁴⁹⁹ ZIMMERMANN, 1996, pp. 248-249. Con anterioridad, apunta PEROZZI, 1928b, p. 273, que el comprador no solo corre con la suerte de cómo será la cosa, sino de si existirá.

sido objeto de críticas¹⁵⁰⁰ y se ha dicho que el objeto del contrato son propiamente los objetos futuros, si bien el comprador ha de pagar el precio sea cual fuere el resultado¹⁵⁰¹. Aunque algún autor ha considerado esta modalidad de contrato como una compraventa pura y simple¹⁵⁰², otros consideran que se trata de una figura distinta a la compraventa¹⁵⁰³, mientras que según una tercera opinión se trata de una compraventa caracterizada por una fuerte dosis de aleatoriedad: compraventa a todo evento¹⁵⁰⁴; venta en firme y a todo riesgo¹⁵⁰⁵. No hay *periculum obligationis* –riesgo de la contraprestación– a consecuencia de un *periculum rei* –riesgo de la prestación– porque si la cosa no existe, mal puede perecer¹⁵⁰⁶; hay un *periculum obligationis* nacido del mismo contrato que lo endosa al comprador¹⁵⁰⁷.

Con relación a la *emptio rei speratae*, goza de amplio predicamento la idea de que, desde antiguo¹⁵⁰⁸, se trata de una compraventa condicional en la que la contraprestación del comprador se debe en caso de que la cosa llegue a producirse¹⁵⁰⁹. Pero de esta genérica idea se han hecho precisiones no siempre coincidentes.

¹⁵⁰⁰ Para LONGO, 1944, p. 188, las alusiones en las fuentes a la esperanza de un resultado, el alea o la incerteza como objeto del contrato son más bien un expediente dialéctico poco serio. Para ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 354-355, los textos romanos no dicen exactamente que el alea sea el objeto del contrato, sino que «parece» como si se comprase el alea.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 355.

¹⁵⁰² PERLINGIERI, 1962, p. 168.

¹⁵⁰³ BADENES GASSET, 1995, p. 149.

¹⁵⁰⁴ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 355-356.

¹⁵⁰⁵ Díez-PICAZO, 2010, p. 75. En cambio, LONGO 1944, pp. 188-189, entiende que se trata de un contrato aleatorio distinto de la compraventa, en cuyo ámbito se presenta como una intrusa. Su introducción en la categoría de la compraventa –entiende el autor– no responde a la lógica jurídica, sino que es una anomalía justificada por el sistema contractual romano.

¹⁵⁰⁶ Por eso GORLA, 1934, p. 392, sostiene que la cuestión del riesgo no tiene nada que ver con estas compraventas precisamente porque, en el momento en el que la cosa no existe, ésta no puede perecer.

¹⁵⁰⁷ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 356.

¹⁵⁰⁸ Para el Derecho romano, PEROZZI, 1928b, p. 273; LONGO, 1944, p. 187; ZIMMERMANN, 1996, p. 246.

¹⁵⁰⁹ PERLINGIERI, 1962, pp. 168 y 199-214; BADENES GASSET, 1995, pp. 144-145. Díez-PICAZO, 2010, p. 75, también apela a un «condicionamiento» de la obligación de pago del precio.

Por un lado, se ha sostenido, tanto desde una perspectiva histórica¹⁵¹⁰ como actual¹⁵¹¹, que la obligación de pago se condiciona a la existencia de la cosa sea cual fuere la calidad y cantidad con la que aparezca. Pero también apunta ZIMMERMANN que, de la misma forma que el riesgo de que la futura cosecha se destruya por inundaciones en el campo recae sobre el vendedor, si aquella resulta ser menor de lo esperado el precio final se determina en proporción al actual rendimiento. Creo que el planteamiento está bien orientado, es defendible hoy en día y extrapolable a todo tipo de objeto, sea o no de género, pues se ajusta a la forma en que he analizado la compraventa condicional si se acepta que esta es la naturaleza jurídica de la *emptio rei speratae*. El ejemplo del autor resalta la relación existente entre la compraventa de géneros y de cosas futuras, tal y como a continuación voy a ejemplificar, y pone de manifiesto lo que ya he advertido en páginas anteriores: el acto de contar, pesar o medir lleva implícita una reducción del precio que derrumba ese planteamiento reduccionista de que la disciplina de la transmisión del precio trata de determinar si el comprador ha de pagar o no el precio acordado.

Por otro lado, tampoco hay un verdadero consenso sobre cuál es el evento condicionante; qué quiere decir exactamente el que la cosa «se produzca o adquiera existencia». Por ejemplo, dice el art. 1472 *Codice civile* de 1942 que, si el objeto de la compraventa de cosa futura son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuando se cortan los árboles o los frutos se separan¹⁵¹², mientras que, en la doctrina francesa, MAZEAUD dice que el comprador adquiere la propiedad de una cosecha –cuerpo cierto, apunta– cuando está en estado de cortarse o, si la cosa futura es genérica, cuando es

¹⁵¹⁰ PEROZZI, 1928b, p. 273.

¹⁵¹¹ BADENES GASSET, 1995, p. 145.

¹⁵¹² Art. 1472 *Codice*: «*Vendita di cose future./ Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati./ Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza*».

individualizada¹⁵¹³. Como sabemos, de la transmisión de la propiedad ambos ordenamientos jurídicos sacan la consecuencia de la transmisión del riesgo.

Ya, en fin, también se ha negado que la *emptio rei speratae* esté sometida a condición. Entiende ALONSO PÉREZ que su objeto actual es la misma cosa futura y que lo único que se condiciona es la transmisión de la propiedad, pero no la existencia del objeto con las consecuencias legales que de ahí se derivan como la imputación del riesgo al comprador¹⁵¹⁴: la compraventa es perfecta *ex art. 1450 Cc* y realizable «en cuanto se contrató sobre un objeto inexistente al momento de celebrar el contrato, al menos en su plenitud, pero esperado en las previsiones de las partes». Pone el autor como ejemplo la compraventa de las naranjas en flor de las huertas valencianas¹⁵¹⁵, si bien estas compraventas han sido aproximadas, con mejor tino a mi entender, a la *emptio spei*¹⁵¹⁶.

Se podrá discutir si la compraventa de cosa futura es condicional o no, aunque yo no veo impedimento alguno para que se le atribuya tal carácter. El objeto –la cosa futura– existe en efecto; pero el contrato se condiciona suspensivamente a que su estado potencial se convierta en material. El contrato es eficaz, como demuestra la diligencia y el cuidado que debe el vendedor para que el objeto se materialice o su deber de no obstaculizar tal resultado¹⁵¹⁷. Sea como fuere, estos aspectos no son determinantes para activar las normas dispositivas sobre la transmisión del riesgo en Derecho español. Como se indicaba al comienzo de este apartado, habrá que estar al acuerdo de las partes y su interpretación; pero si de ahí no se obtiene ninguna directriz en cuanto a la cuestión del riesgo, habrá que estar a la norma dispositiva del art. 1452 Cc y al momento de la puesta a disposición: no es suficiente la mera existencia material de la cosa ni ese carácter

¹⁵¹³ MAZEAUD, 1963, pp. 739-740.

¹⁵¹⁴ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 356-357, siguiendo a Gullón.

¹⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 357.

¹⁵¹⁶ Díez-PICAZO, 2010, p. 75.

¹⁵¹⁷ MAZEAUD, 1963, p. 739.

realizable en potencia que le atribuye ALONSO PÉREZ. Otra cosa es que la integración de la concreta compraventa de cosa futura pase, antes que por la aplicación de las normas dispositivas, por algún otro criterio de integración como los usos de los negocios¹⁵¹⁸. De ahí que me parezca de interés dedicar las próximas líneas a exponer dos ejemplos de cómo juegan esos usos en este ámbito.

1. Un ejemplo de compraventa de cosechas de uva en Galicia

En la comarca de O Salnés, provincia de Pontevedra, existe una próspera economía vitivinícola. La forma en que se gestiona, combina y convive el cultivo de la vid y la elaboración del vino depende, por supuesto, de la dimensión y la naturaleza jurídica de la explotación en cuestión. Pero la descripción que realizo a continuación es un proceder –no el único existente– atribuible a una bodega de tamaño medio.

En una región donde la propiedad de la tierra está muy dividida, es una realidad que las bodegas no cuentan con suficientes viñedos de los que extraer la cantidad necesaria de uva para autoabastecerse. La situación conduce por necesidad a la celebración de numerosos contratos de compraventa con distintos proveedores. Se trata de relaciones contractuales caracterizadas por la confianza y la buena vecindad, muchas de ellas comenzadas años atrás y mantenidas de una a otra generación, en las que la cooperación y el mutuo beneficio representan el éxito del negocio y el cuidado de la economía de la que ambas partes dependen¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁸ Los destaca en esta materia Díez-PICAZO, 2010, p. 75.

¹⁵¹⁹ *Vid.* una aproximación a la teoría relacional del contrato desarrollada por McNeil en GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 73-74. En los «contratos relaciones», la relación contractual conlleva mucho más que el simple intercambio económico. Frente a otro tipo de transacciones, los contratos relacionales presentan relaciones interpersonales relativamente profundas, con diferentes modos de comunicación interpartes y con elementos significativos de satisfacción personal de naturaleza no estrictamente económica.

No interesa aquí atender en la forma en que se fijan los precios, los controles de origen, producción y calidad de la uva y el vino establecidos por la normativa aplicable y auspiciados por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen de las Rías Baixas o el entramado contractual que sostiene la relación de los proveedores y las bodegas. Interesa aquí pararse en los usos que rigen la vendimia y la entrega de la uva y la repercusión que ello tiene en la cuestión del riesgo en estas compraventas de géneros futuros. En efecto, el contrato de compraventa ya existe mucho antes de que el fruto esté maduro o la vid haya brotado en primavera. De lo dicho unas líneas más arriba, se deduce que muchos de estos contratos son de larga duración o se repiten de modo periódico.

Dependiendo de las condiciones meteorológicas del año –y otras variables que ya no he ni de mencionar– la vendimia suele tener lugar en la segunda mitad del mes de septiembre. Con carácter previo, desde las bodegas se visitan las parcelas de los proveedores, no todas por necesidad, y se toman muestras de la uva. No se trata de un control de calidad, sino de comprobar cuándo el fruto se encuentra en el punto óptimo para su recolección. Llegado este momento, comienza la vendimia, que se lleva a cabo seguida durante varios días.

Todo racimo recolectado ha de ser procesado en el día y son las bodegas las que conocen la capacidad por día de sus prensas. Por tanto, reparten entre sus proveedores el número de cajas que son capaces de procesar en una jornada; cajas que, de forma habitual, presentan el logotipo de la bodega. Una vez recogido el fruto, cada proveedor, en los viajes que se precisen, lleva las cajas a la bodega compradora¹⁵²⁰. Se forman así colas más o menos largas a las puertas

¹⁵²⁰ Atrás queda esa práctica, ahora convertida en recuerdo, conforme a la cual vendedor y comprador se reunían en los *cruceiros*, con las básculas, para pesar y entregar la uva. El vendedor se ocupaba del transporte hasta ese momento, mientras que el comprador se encargaba de transportar la uva hasta su bodega.

de la bodega; desde grandes vehículos agrícolas hasta automóviles particulares, pasando por los denominados *chimpíns*¹⁵²¹.

Llegado el turno de cada partida, los trabajadores de la bodega bajan las cajas del vehículo y, en ese momento, se realiza el control de calidad. Es posible que se arroje al suelo algún que otro racimo, pero no es habitual un destacado rechazo del género. Ningún beneficio aporta al proveedor el suministrar uva en mal estado o de dudosa calidad. Ya en el momento de recolecta, el vendedor, animado por la confianza que ambas partes se profesan en estas relaciones y les conviene mantener, evita meter en las cajas racimos que no cumplan el estándar por no haber fructificado bien u otras razones. Como consecuencia de todo ello, el control de calidad se realiza, a las puertas de la bodega, con bastante celeridad y se quedan en nada las eventuales desavenencias.

Acto seguido, se contabilizan las cajas, se pesan en las grandes básculas que se encuentran en la entrada de la bodega y ambas partes contratantes, presentes en todo momento, toman nota del resultado sobre el que se calcula el precio a pagar. En ese mismo instante, los trabajadores de la bodega vierten la uva en las tolvas que conducen a las despalladoras con carácter previo a que el fruto pase por la prensa para, en fin, conducir el caldo a las cubas. Las cajas vacías se apartan para su reparto al día siguiente mientras que el proveedor regresa a su parcela, bien para traer las cajas de uva que le resten para ese día, bien para aguardar las cajas del día siguiente. Y este proceso se repite a lo largo de varios días hasta que, arrancada toda la uva de las vides y entregada la última caja, finaliza la vendimia.

De la descripción anterior se infiere que, en estas prácticas, no existe la cuestión de la transmisión del riesgo dado que no se permite imputar el riesgo al comprador antes del cumplimiento de la obligación que se toma como referencia: la entrega. La entrega en el

¹⁵²¹ «Tractor agrícola lixeiro e de pequenas dimensións», según el Diccionario da Real Academia Galega.

sentido técnico tiene lugar cuando se pesan las cajas; momento en que el vendedor se desprende y el comprador aprehende el género. Hasta ese instante, *periculum est venditoris*. Se quedarán racimos en las parras, se caerán de las cajas durante su manipulación, se romperá algún fruto y perderá su jugo a causa del traqueteo del transporte, quedará alguna caja olvidada en el campo o tronchará algún vándalo alguna vid que ya no fructificará. Pero, aparte de que nos encontramos ante anecdóticas pérdidas y deterioros, en el sentido más literal de la palabra, sin una verdadera repercusión en el volumen del negocio, ello en ningún caso afecta negativamente al comprador; quien solo debe su contraprestación en la medida en que el vendedor cumpla sus obligaciones y, hasta ese momento, de una u otra manera, este responde.

Prescindo de plantear aquí hipótesis relacionadas con una pérdida sustancial del género, su carácter más o menos limitado –que, en efecto, lo es¹⁵²²–, retrasos de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, etc. Me he limitado a exponer lo que es una práctica normal desarrollada con normalidad en tiempo de vendimia. Del mismo modo, añadiré que lo más probable es que la transmisión de la propiedad tenga lugar en el momento del cumplimiento de la obligación de entrega. Por mucho que, con anterioridad, pueda haber unas cajas apartadas con el logotipo de una concreta bodega en las parcelas del proveedor, me parece estéril plantearse una eventual transmisión de la propiedad en ese momento si tenemos en cuenta el breve lapso que transcurre desde la vendimia hasta la entrega al comprador.

2. Ventas a ojo y al peso en las huertas valencianas

La Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias –en adelante, LCRJA– recoge dos modalidades

¹⁵²² No solo se trata de la comercialización de uva de variedad albariño, sino que su procedencia y producción está sujeta a regulación; lo cual limita el género disponible.

tradicionales de «compraventa agraria»¹⁵²³ en la Comunidad Valenciana: la venta a ojo o estimada y la venta al peso o *per arrovat*. Ambos tipos de contrato presentan, a lo que aquí interesa, su propio régimen del riesgo.

Dispone el art. 1 LCRJA que la venta a ojo o estimada tiene por objeto la *totalidad* estimada de la cosecha pendiente y no recogida, la cosecha simplemente en flor o la futura cosecha todavía por plantar – «compra de la cosecha futura sobre semillas», dice el precepto– procedente de uno o varios campos *siempre* a cambio de precio cierto y alzado¹⁵²⁴. Sin ánimo de profundizar en la cuestión –tan solo la dejo apuntada– cabe dudar que nos encontremos ante una compraventa de cosa futura en el primer supuesto, pero no en el segundo ni en el tercero.

La propia Ley deja clara la aleatoriedad que caracteriza a este contrato pues, en su art. 2, excluye la aplicación de este régimen contractual cuando se pretende contratar tan solo sobre una determinada cantidad o calidad de fruto o producto o si se realizan ulteriores operaciones de pesaje, cuenta o verificación para la determinación de alguna de las contraprestaciones.

En cuanto a la perfección [léase celebración] del contrato, los arts. 3.2 y 6.2 LCRJA exigen que se haga por escrito¹⁵²⁵, si bien el primero de estos preceptos determina que la «propuesta» de cuantificación de la cosecha es «vinculante» para el comprador desde que se ofrece al vendedor y para este desde que la acepta. Cabría discutir cuál es la naturaleza jurídica de esta vinculación. Quizás se trata del propio

¹⁵²³ Expresión del Preámbulo (II) LCRJA.

¹⁵²⁴ La cosecha es cuantificada de modo estimado por corredor experto o la parte compradora (art. 3.1 LCRJA) y, con base en dicha estimación, se determina el precio consistente «siempre en una cantidad cierta y alzada de dinero» (art. 5.1 LCRJA).

¹⁵²⁵ Dispone el Preámbulo (II) LCRJA que «se obliga necesariamente a la forma escrita del contrato para favorecer la protección de la parte más vulnerable del acuerdo, la parte productora, que ve la necesaria protección de los legítimos intereses de prueba de aquella parte que ha cumplido completamente su prestación y se ve en la necesidad de exigir el cumplimiento de la contraprestación ajena».

contrato de compraventa y la forma por escrito sea, sin más, exigible por las partes. El art. 8 LCRJA establece más requisitos formales.

En cuanto al régimen de los riesgos, el art. 10.1 LCRJA dispone que «el daño o provecho de la cosa vendida corre por cuenta de quien compra desde la perfección del contrato, a salvo de las obligaciones que se contienen en los artículos siguientes»; salvedad que hace referencia a las obligaciones del vendedor –procurar el buen fin de la cosecha, proceder conforme a las buenas prácticas agrarias, cumplir la normativa aplicable sobre tratamientos autorizados o permitir al comprador el acceso a los campos– cuyo incumplimiento abren los remedios al comprador.

La fórmula del precepto recuerda a la del art. 1452 Cc, pero no son iguales. Ya hemos visto que en el ámbito de la legislación codificada el momento de la transmisión del riesgo tiene lugar con la puesta a disposición; término cuyo significado no coincide con el que le concede la LCRJA¹⁵²⁶. En el ámbito de esta última, la perfección del contrato alude a su celebración y, desde este momento, el riesgo corresponde al comprador debido a ese componente de azar que caracteriza a esta modalidad contractual y la hace especial.

Con relación a la venta al peso o *per arrovat*, dispone el art. 13 LCRJA que «tiene por objeto la totalidad o parte de los frutos que finalmente haya al tiempo de la recolección de uno o varios campos, convenida mientras la cosecha se encuentra pendiente, a un precio fijado por unidad de peso o de cantidad». Con una expresión un tanto extraña, el art. 15 LCRJA establece que «el contrato se perfecciona por el *mero* consentimiento de las partes expresado *por escrito* pero deberá concertarse necesariamente antes de la recogida del fruto»¹⁵²⁷.

¹⁵²⁶ En efecto, se lee en el art. 4.I LCRJA lo que sigue: «A los efectos de este contrato, la cosecha pendiente o futura tiene la consideración de bien mueble, los frutos se entienden separados desde la perfección de aquél y la cosecha puesta a disposición de quien compra en ese mismo momento».

¹⁵²⁷ Cursiva añadida.

Se plantean aquí las mismas dudas que en la venta a ojo sobre el momento en que debe considerarse concluido el contrato.

Sea como fuere, de la lectura conjunta de ambos preceptos se deduce que el contrato puede recaer sobre géneros ya existentes en la medida en que cabe concluirlo hasta el momento previo a su recogida. Pero no es descartable que su objeto sean propiamente géneros futuros. Recuérdese que, en el ámbito de la venta a ojo, el art. 2 LCRJA descarta la aplicación de su régimen cuando, al recaer la compraventa sobre géneros futuros, se añaden previsiones contractuales sobre la cantidad, calidad y eventuales operaciones de pesaje, cuenta o verificación; supuesto reconducible a la venta al peso dado que son circunstancias de importancia en su régimen legal¹⁵²⁸. Así las cosas, no es improcedente que trate en sede de compraventa de cosa futura esta modalidad de contrato.

A lo que ahora interesa, el art. 24.1 LCRJA establece: «Los riesgos de la cosa vendida corresponden a quien vende hasta que aquélla sea contada, pesada o medida, salvo mora de la parte compradora en su obligación de recolectar¹⁵²⁹»; momento a partir del cual «asume los riesgos», según dice el art. 24.2 LCRJA. En efecto, la recolecta puede realizarla el comprador¹⁵³⁰ o el vendedor¹⁵³¹ y las operaciones de pesaje, cómputo y selección del fruto tendrán lugar, *ex* art. 20.1 LCRJA, en el propio campo y en el mismo día en que es cortado o separado, sin perjuicio de pacto, costumbre o uso aplicable al respecto. Nada diré aquí sobre la incidencia de la mora en la cuestión de los riesgos, pues ya lo he explicado y no he de repetirme¹⁵³². Mayor

¹⁵²⁸ El art. 14.1 LCRJA recoge las tres modalidades que, por razón de su objeto, puede revestir la compraventa al peso: «a) Venta contada (*tot comptat*), que obliga a recoger, contar o pesar la totalidad del fruto./ b) Venta medida, o de medida, que sólo obliga a recoger los frutos que tengan un diámetro mínimo o hasta uno máximo determinado./ c) Venta limpia (*neta*), que permite no recoger, o no contar, medir o pesar, los frutos que carezcan de la calidad comercial exigible según la normativa aplicable (de desecho)».

¹⁵²⁹ Para el momento y modo de realizar la recolecta, hay que estar al art. 23 LCRJA.

¹⁵³⁰ El art. 20.2 LCRJA establece el derecho del vendedor a estar presente.

¹⁵³¹ El art. 12 LCRJA asegura el derecho de acceso del comprador.

¹⁵³² *Vid.* Capítulo 1, IV.

interés tiene pararse en la relación existente entre el art. 24.1, sobre el riesgo, y el art. 19 LCRJA sobre la entrega. Dispone este último precepto lo que sigue:

«1. La cosecha se entiende entregada por la parte vendedora en el propio campo, en el momento de cortar o separar el fruto, si la obligación de cosechar es de quien compra y a su costa; ello, con independencia de que el pesaje o cómputo pueda hacerse en otro sitio o después./ 2. Si la obligación de cosechar es de quien vende y a su costa, la cosecha se entiende entregada donde se realice el pesaje o cómputo, salvo que otra cosa se pacte o resulte de la costumbre del lugar».

Para el caso en que corresponde al comprador cosechar el fruto, me resulta muy curioso que el precepto «entienda» realizada la entrega *antes* de las operaciones de pesaje o cómputo del género; operaciones que marcan el momento *hasta* el cual, dice el art. 24.1 LCRJA, el vendedor pecha con el riesgo. Como he explicado, la forma en que se han concebido las tradicionales normas sobre el riesgo en la compraventa, ya sea para su imputación al vendedor o comprador, entran *siempre* en juego *antes* del cumplimiento de la obligación de entrega. Por lo tanto, la expresión del precepto, bien es una licencia del lenguaje consecuencia de la particular situación en la que es el comprador el que está manipulando el producto, bien responde a la forma en que tradicionalmente las partes se han expresado en este sector; lo cual no deja de ser una elucubración mía. Sea como fuere, creo que no nos encontramos ante una «entrega» que constituya un verdadero acto solutorio, pues siguen pendientes de ejecución las obligaciones de pesar y contar de evidente importancia para la cuestión del riesgo.

Para el caso en que corresponde al vendedor cosechar el fruto, dispone el art. 19.2 LCRJA que la cosecha se «entiende» entregada «donde se realice el pesaje o cómputo»; expresión que se me antoja dudosa al confrontarla con el art. 24.1 de la Ley. Cabe entender que el pesaje o cómputo van seguidos sin interrupción de la entrega al comprador; de

donde se seguiría que no habría transmisión del riesgo al comprador y sería perfectamente correcta la afirmación de este último precepto de que, *hasta* tal instante, el vendedor soporta el riesgo. No obstante, en el caso de que transcurra cierto tiempo desde el pesaje o cómputo hasta el cumplimiento de la obligación de entrega, se abriría un espacio en el que entraría en juego la transmisión del riesgo al comprador.

VII. COMPRAVENTA A TÉRMINO O PLAZO

En el análisis de la disciplina de la transmisión del riesgo ha estado siempre presente la repercusión que, en esta materia, tiene el transcurso de cierto tiempo desde la celebración del contrato hasta su cumplimiento por la sencilla razón de que, precisamente, la existencia de dicho lapso temporal es lo que justifica el planteamiento de la cuestión del reparto del riesgo en el contrato de compraventa. Otra cosa es que de la anterior constatación se haya llegado a conclusiones satisfactorias.

Como he tenido ocasión de explicar, en diversas sedes –la Escuela de Derecho Natural, varios análisis de las fuentes romanas o algún estudio de nuestra legislación codificada– se ha cuestionado cuál es el motivo por el que se deja para un momento posterior a la celebración del contrato el cumplimiento de la obligación de entrega; obligación de referencia para el tratamiento de la transmisión del riesgo. Y de dicho cuestionamiento surge esa atrayente reflexión conforme a la cual la entrega no tiene lugar porque su cumplimiento ha sido retardado; un retraso no moroso ni reprochable, pero sí concedido acaso graciosamente –como parecen insinuar algunas de estas teorías ya explicadas– por una de las partes del contrato en favor de la otra. Como consecuencia, se consolida la idea de que ha de imputarse el riesgo a la parte que ocasiona dicho retraso; parte contractual que, a través de una serie de razonamientos e ideas preconcebidas, se entiende que normalmente es el comprador. Algunos no descartan que ese retraso pueda provenir de y beneficiar a la parte vendedora; surgiendo así complejas disquisiciones, según suceda esto o lo otro,

para atribuir dicho retraso al vendedor o al comprador y, en consecuencia, endosar el riesgo a uno u otro. Ya he tenido ocasión de explicar cómo la feliz teoría de DE COSSÍO Y CORRAL se torna, al menos para mí, en confusión¹⁵³³; lo cual no desmerece la contribución y esfuerzo del jurista, pues convida a reflexionar sobre la influencia del tiempo en el cumplimiento de la obligación de entrega en la regulación del reparto del riesgo.

Como ya he dicho¹⁵³⁴, el reparto del riesgo entre vendedor y comprador se produce antes de que tenga lugar cualquier tipo de retraso. El intervalo de tiempo que transcurre desde la celebración de la compraventa hasta su cumplimiento no debe considerarse anomalía alguna, sino una situación de normalidad. De lo contrario, estamos asumiendo como arquetipo de contrato la compraventa pura de conclusión y ejecución al contado; práctica útil y existente que, sin embargo, no puede alzarse como arquetipo en el ámbito de una economía evolucionada. Además, es una situación que las dos partes aceptan y *a ambas beneficia* pues, aunque la que sigue sea una afirmación perogrullesca, aquellas entran en una relación conmutativa. En efecto, asumir un razonamiento apriorístico conforme al cual esta situación ha de beneficiar más a uno que a otro de los contratantes no solo es una generalización, sino que se olvida de un dato mucho más evidente, fiable y sobre el que estructura la compraventa: las partes vinculadas recíprocamente ven su beneficio en el intercambio de las contraprestaciones; intercambio cuyo contenido y circunstancias –de tiempo, lugar o modo en las que se desenvuelve– aceptan.

La regla de la transmisión del riesgo se gesta dando la espalda a la compraventa al contado; para responder, precisamente, a esa separación entre la conclusión del contrato y su ejecución justificada por mil y una posibles razones de diversa índole y sobre las que las partes se deciden a contratar. La regla de la transmisión del riesgo se estructura como un acicate del cumplimiento: el vendedor «llama» al

¹⁵³³ Vid. Capítulo 1, II, 3, B).

¹⁵³⁴ Vid. Capítulo 1, IV.

comprador, le dice que puede cumplir aquí y ahora, le espera con la cosa puesta a su disposición para que este la recoja y tenga lugar el simultáneo cumplimiento de las contraprestaciones y, durante este tiempo, el legislador opta por atribuir el riesgo al comprador. Podría haber decidido de otra manera, pero no ha sido el caso. Sea como fuere, lo importante a destacar ahora es que, si las cosas se miran despacio, con esta invitación al cumplimiento que se produce en el momento de la transmisión del riesgo, al estimular que el vendedor llame al comprador y, en consecuencia, al alentar que este acuda a cumplir, el legislador reacciona ante un eventual silencio; una posible falta de detalle en la determinación de una de esas tres circunstancias en las que se lleva a cabo la ejecución del contrato: el tiempo del cumplimiento. En cuanto al lugar y modo del cumplimiento, teniendo en cuenta la fuerza centrípeta que en esta materia tiene la obligación de entrega, diversas normas dispositivas ya mencionadas que no es preciso volver a reproducir aquí y el funcionamiento de la regulación codificada del riesgo, sabemos que el Derecho dispositivo configura una compraventa de ejecución en plaza con entrega material. Pero en cuanto al tiempo del cumplimiento, la cuestión es más volátil. Esa apelación al cumplimiento «desde luego» del art. 1113 Cc que, como sabemos, no puede amparar requerimientos intempestivos e inmediatos al cumplimiento y el legislador mercantil decidió concretar entorno a los períodos de veinticuatro horas y diez días ya estudiados¹⁵³⁵, no cuenta con mayor concreción en la legislación civil codificada.

Y para esclarecer toda duda y evitar cualquier paralización en el cumplimiento del contrato, la situación se reconduce a través de ese llamamiento del vendedor al comprador que, a su vez, le transmite el riesgo. De aquí se sigue, a mi entender, una especie de efecto en cadena. Si la compraventa en cuestión cuenta con una reglamentación del tiempo del cumplimiento, a tal ordenación habrá que estar. Y esta puede ser tan precisa –cabe imaginar que las partes tengan tan claro los pasos a seguir no solo en cuanto al lugar y el modo, sino también

¹⁵³⁵ *Vid.* Capítulo 1, III, 2, A).

respecto al *tiempo* del cumplimiento— que no sea necesario articular ningún llamamiento al comprador al cumplimiento y, en consecuencia, no quede espacio para que tenga lugar la transmisión del riesgo.

Mi intención en las próximas líneas es explicar que la regulación del reparto del riesgo en la compraventa a término, donde cabe alcanzar la máxima concreción del tiempo del cumplimiento, demuestra que no existe una predisposición del legislador a atribuir el riesgo al comprador antes del cumplimiento de la obligación de entrega. Curiosamente, en el ámbito del Derecho español apenas se ha prestado atención a la trascendencia que la adición de un término o plazo para la entrega tiene a efectos de la cuestión del riesgo a pesar de lo revelador que, a mi entender, resulta para comprender esta materia. Ninguna mención particular recibe el asunto en la magna obra de ALONSO PÉREZ. Se ha dicho, de forma muy general, que en las obligaciones a término la cuestión del riesgo se resuelve como en las obligaciones puras y simples¹⁵³⁶; lo cual, extrapolado al contrato de compraventa, supondría hacer pechar al comprador con el riesgo antes del vencimiento si se sigue la interpretación más tradicional del art. 1452 Cc. También se ha apostado por aplicar el régimen previsto en sede de condiciones¹⁵³⁷; opinión que no puedo compartir, pues no es la regulación de las obligaciones condicionales la que da respuesta a la cuestión del riesgo sino el propio art. 1452 Cc. Por su parte, DE COSSÍO Y CORRAL entiende que el «término suspensivo» en favor del vendedor impide la transmisión del riesgo al comprador; si bien más adelante señala, con carácter general, que el término suspensivo —ya no dice en favor de quien— afecta a la exigibilidad de la obligación de

¹⁵³⁶ MONTÉS PENADÉS, 1983, pp. 32 y 65. Para el autor, «no hay ninguna diferencia entre obligación a término y obligación sin término, salvo que la primera no puede ser ejecutada inmediatamente, mientras que la segunda es exigible tan pronto como el contrato se haya formado; pero la exigibilidad de la deuda o el aplazamiento de la ejecución son extraños a la esencia de la obligación y, por tanto, los efectos son idénticos».

¹⁵³⁷ MANRESA Y NAVARRO, 1967, pp. 437-438; quien no duda en afirmar que la obligación, todavía no alcanzada su exigibilidad, no ha alcanzado su perfección. MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 8271, dirige su mirada al art. 1124 Cc en caso de imposibilidad mientras que, para los deterioros, cree encontrar respuesta para el riesgo en el art. 1122.3.ª Cc.

entrega y, por lo tanto, impide la transmisión del riesgo¹⁵³⁸. Y ya en fin, también se ha opinado que la existencia de un término a favor del comprador no impide que se le impute el riesgo¹⁵³⁹. Mi opinión es la que sigue en los próximos párrafos.

La palabra plazo es polisémica pues alude a un «término o tiempo señalado para algo»¹⁵⁴⁰ y el legislador la usa indistintamente para referirse, bien a una fecha cierta –término–, bien a un período de tiempo –plazo, en el significado más estricto del vocablo–. Cuando los arts. 1125 a 1130 Cc se encaminan a regular las obligaciones a plazo, parece que el art. 1125 Cc atiende al término al referirse al «día cierto» y no mencionar la palabra plazo, mientras que los restantes preceptos aluden al plazo –dando cabida tanto al término como al plazo *stricto sensu*– salvo el art. 1127 Cc que habla del término fijado. Por su parte, cuando el art. 329 Ccom alude a la entrega del vendedor en el «plazo estipulado», no hay problema para entender que acoge tanto el caso de la fijación de un término como de un plazo, mientras que la alusión del art. 330 Ccom al «plazo fijo» para la entrega parece referida a la existencia de un término; lo cual no impide que el precepto pueda entenderse aplicable en el caso en que se haya establecido un plazo para la entrega.

Pero este uso indistinto de la palabra plazo encuentra en el régimen de la transmisión del riesgo un ejemplo de la necesidad de su riguroso empleo.

A mi entender, cuando existe un plazo –período de tiempo– dentro del cual se ha de realizar la entrega, será necesario proceder a la puesta a disposición de la cosa con la consecuencia de la transmisión del riesgo *ex* art. 1452 Cc. Cuando no hay suficiente concreción en cuanto al momento de la entrega, el llamamiento del vendedor al comprador determinará la transmisión del riesgo. Y dicha falta de concreción del

¹⁵³⁸ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 607.

¹⁵³⁹ ABRIL CAMPOY, 2011, p. 182.

¹⁵⁴⁰ Definición del Diccionario de la Real Academia Española.

tiempo de la entrega existe tanto si hablamos de una compraventa pura y simple en el que la exigibilidad «desde luego» ha de ser moderada conforme a la buena fe, como una compraventa con un plazo precisado con claridad, implícito o concedido pero no concretado¹⁵⁴¹; falta de concreción que incluso se da en el caso de una compraventa con entrega a término –evento futuro y cierto– pero de fecha incierta¹⁵⁴². Las diferencias técnicas que puedan existir entre estos supuestos no existen en lo que atañe al riesgo, pues la cuestión se reconduce en todo caso por el art. 1452 Cc. En el caso de que correspondiese al comprador precisar la fecha en que se debe proceder a la entrega dentro del plazo, creo que cabe extrapolar a este supuesto las explicaciones ya realizadas en sede de compraventa genérica y a prueba en cuanto a la naturaleza y consecuencias de la falta de cooperación del comprador en la especificación o puesta a disposición del género o la prueba de la cosa.

Otra cosa sucede en el caso en que se haya establecido un término de fecha cierta; supuesto en el que no se produce la transmisión del

¹⁵⁴¹ El art. 1128.1 Cc dispone: «Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél». MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 453, señala que este supuesto es parecido a la limitación que suele tener la *inmediata* exigibilidad de las obligaciones puras *ex* art. 1113 Cc. Pero aclara el autor que son supuestos distintos. En el ámbito del art. 1113 Cc no hay propósito de conceder un plazo; no se limita la exigibilidad por el acreedor, sino que se facilita el cumplimiento del deudor. En el ámbito del art. 1128.1 Cc hay verdadero plazo, el cual limita la exigibilidad de la obligación. MONTÉS PENADÉS, 1983, pp. 45-46, también realiza un acercamiento entre ambos preceptos para entender que la fórmula del art. 1113 Cc «es perfectamente compatible con los imperativos de la buena fe, que permiten entender que el deudor debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación cuando aun siendo éste inmediato en su naturaleza de las circunstancias se desprenda la necesidad de un lapso, aunque sea mínimo».

¹⁵⁴² De forma muy didáctica, aunque no exenta de una serie de precisiones sobre las que no puedo entrar aquí, MANRESA Y NAVARRO, 1967, p. 440, diferencia el término y la condición de la siguiente manera: «son condiciones: 1.ª, los hechos inciertos en cuanto al *sí* y al *cuándo*; 2.ª, los que sólo son inciertos en cuanto al *sí* y ciertos en cuanto al *cuándo*. Y, por el contrario, son plazos: 1.º, los hechos ciertos, en cuanto al *sí* y al *cuándo*; y 2.º, los que si bien inciertos por lo que al *cuándo* se refiere, son ciertos en cuanto al *sí*». La cursiva es del autor. En este sentido, el nuevo art. 1305 *Code* dispone: «*L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine*».

riesgo por la sencilla razón de que las partes han reglado con máxima precisión cómo han de actuar. Por supuesto que habrá una puesta a disposición por parte del vendedor, en el sentido de que ha de dejar la cosa lista para que el comprador se la lleve en la fecha acordada para la entrega; pero hasta dicha fecha, el comprador no ha de ir a por ella. No hay que espolear al comprador; no es precisar llamarlo para el cumplimiento porque en el momento de la celebración del contrato ya han acordado cuándo han de cumplir. Mi opinión cuenta con apoyo normativo.

Como tuve ocasión de adelantar¹⁵⁴³, el art. 331 Ccom dispone que el vendedor pecha con el riesgo hasta el momento de la entrega; instante en el que, como también ya sabemos, no tiene sentido hablar de una transmisión del riesgo al comprador. El precepto se encuentra ubicado sistemáticamente a continuación de dos preceptos, los arts. 329 y 330 Ccom, que aluden respectivamente a la compraventa con «plazo estipulado» o «plazo fijo» para la entrega. Y no cabe duda de que la aplicación del art. 331 Ccom se reduce a la compraventa con entrega a término de fecha cierta.

El Código de comercio de 1829, regulaba la cuestión del riesgo en el art. 365 –antecedente del actual art. 331 Ccom–, que toma como punto de referencia la entrega, el art. 366 –antecedente del actual art. 333 Ccom–, que articula la transmisión del riesgo sobre la puesta a disposición, y el art. 367 –antecedente del actual art. 334 Ccom–, que trata de realizar una ejemplificación casuística de la aplicación del criterio de la puesta a disposición del precepto anterior. A lo que ahora interesa, el art. 367.4.º Ccom de 1829 disponía lo que sigue: «Corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas al comprador, aunque provengan de caso fortuito: [...] 4.º Si la venta se hubiere hecho á condicion de no hacer la entrega *hasta* un plazo *determinado*, ó hasta que la cosa estuviera

¹⁵⁴³ Vid. Capítulo 1, III, 4.

en estado de entregarse con arreglo á las estipulaciones de la venta»¹⁵⁴⁴.

Como ya he adelantado, la referencia «*hasta* un plazo determinado» alude a mi entender a un término con fecha cierta¹⁵⁴⁵. El legislador mercantil de 1885 decide suprimirla del art. 334 Ccom seguramente por tratarse de una duplicidad innecesaria: el supuesto ya está regulado en el art. 331 Ccom. Además, es evidente que su mención en el art. 334 Ccom es improcedente: el precepto trata de aplicar casuísticamente el criterio del art. 333 Ccom de la puesta a disposición, atributiva del riesgo al comprador, en diversos supuestos. Pero en el caso de entrega con término a fecha cierta no existe dicha transmisión del riesgo con la puesta a disposición, por lo que en nada se estaría ejemplificando la regla del art. 333 Ccom.

Todo lo dicho es de aplicación con independencia de la parte contractual en cuyo favor se haya podido estipular el término¹⁵⁴⁶. Como hemos visto, existen dudas al respecto entre los pocos pronunciamientos doctrinales que tratan la materia; mismas dudas que se plantean en lo que atañe al Derecho romano. En este ámbito, al igual que sucede con relación al Derecho positivo español, la virtualidad que puede tener la adición de un término en la compraventa a efectos del reparto del riesgo ha sido escasamente analizada a excepción del caso de la degustación del vino al que ya he aludido. En opinión de algunos, la compraventa a término, en la que se retrasa la ejecución del contrato, es pura y simple por lo que los riesgos corresponden en todo caso al comprador¹⁵⁴⁷. Quizás aquí subyace la idea de que el término se establece, al menos en principio,

¹⁵⁴⁴ La cursiva es añadida.

¹⁵⁴⁵ GÓMEZ DE LA SERNA / REUS Y GARCÍA, 1859, p. 91, señalan que esta previsión se justifica porque «hasta el plazo fijado no tiene derecho el comprador para pedir la cosa, y por lo tanto ni para adquirir su dominio».

¹⁵⁴⁶ Otra cosa es que saber si el término beneficia a una parte u otra pueda ser de importancia para valorar si dicha parte contractual puede renunciar a aquel. Destaca este aspecto, PUIG BRUTAU, 1988, p. 106.

¹⁵⁴⁷ FAUCHILLE, 1882, pp. 62-63; ACCARIAS, 1891, p. 305.

en interés exclusivo del comprador¹⁵⁴⁸. No obstante otros apuntan que es posible que, hasta la verificación del término constituido a favor de vendedor, no se perfeccione la compraventa a efectos de atribuir los riesgos al comprador¹⁵⁴⁹.

Pero en lo que concierne a nuestro Derecho codificado no es posible mantener duda alguna. Y afirmo esto no porque el art. 1127 Cc establezca la «presunción», *rectius* regla de interpretación¹⁵⁵⁰, de que el término beneficia a ambas partes, sino porque el art. 331 Ccom nos ilustra al respecto y el propio funcionamiento de la regla de la transmisión del riesgo lo corrobora. La transmisión del riesgo mira a la entrega; es una interpelación al comprador para que esta tenga lugar cuanto antes. Pero si ya existe un término en el que la entrega –y el simultáneo pago del precio– ha de tener lugar, el comprador no ha de acudir ni antes ni después, sino en la fecha en cuestión.

Listo el vendedor para cumplir, si vence el plazo o llega el término sin que el comprador se presente, entramos en el terreno del retraso; ámbito en el que habría que atender al carácter culposo o fortuito de dicho retraso, el deslinde y eventual solapamiento entre la *mora accipiendi* y la *mora debitoris*, esa contienda sobre si esta última se produce o no de forma automática¹⁵⁵¹ y las diferencias que en esta materia tradicionalmente se han querido ver entre la legislación civil y mercantil y que –con razón, a mi entender– se han querido limar¹⁵⁵². Sería excesivo penetrar aquí en estas cuestiones y me limitaré a

¹⁵⁴⁸ APPLETON, 1926, p. 285.

¹⁵⁴⁹ En este sentido, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 183-184 y ARIAS RAMOS, 1947, p. 119 siguiendo a SECKEL/LEVY, 1927, pp. 143 y ss. También RODGER, 1982, p. 348-350, siguiendo a los juristas alemanes, sostiene que en tiempos antiguos una compraventa sometida a *dies certus* se considera perfecta mientras que la sujeta a *dies incertus* se estima imperfecta al menos hasta el siglo II d.C.; con posterioridad se acaba considerando también perfecta. Otros autores como ARANGIO-RUIZ, 1952, pp. 110-111, BURDESE, 1964, p. 536, o KASER, 1968, p.192, sugieren asimismo que el término inicial posterga la perfección del contrato.

¹⁵⁵⁰ Díez-PICAZO, 2008a, p. 374.

¹⁵⁵¹ Protagonizan la discusión en torno a la interpretación del art. 1100 Cc *in fine* ALBALADEJO GARCÍA, 1989, pp. 366-372 y Díez-PICAZO, 2008a, pp. 684-686. En varias ocasiones, los autores llegan, por distintos caminos, a soluciones semejantes.

¹⁵⁵² BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1990, pp. 312 y ss.

apuntar, de forma muy genérica, que estas diversas regulaciones del retraso coinciden, a lo que ahora interesa, en atribuir el riesgo al comprador. Pero aquí no hay ninguna aplicación de la regla de la transmisión del riesgo; es el retraso, con base en fundamentos distintos al art. 1452 Cc y que conlleva otras consecuencias no previstas en este precepto, el que hace pechar con el riesgo al comprador.

Decía unas líneas más arriba que muy poca atención se ha prestado en nuestro Derecho al impacto de la existencia de un término para la entrega en la disciplina del riesgo; pero sucede todo lo contrario en el Derecho francés. De nuevo, el distinto contexto de ambos ordenamientos justifica la diferencia.

En el seno de las diversas lecturas a las que conduce la compleja letra del antiguo art. 1138 *Code*, a pesar de los distintos argumentos con los que se ha querido fundamentar la transmisión del riesgo al comprador, hay consenso doctrinal¹⁵⁵³ cuando se afirma que el establecimiento de un término para la entrega en nada altera la transmisión del riesgo al comprador, pensando que se trata de cosa determinada, desde la conclusión del contrato de compraventa¹⁵⁵⁴. No se puede entender otra cosa del art. 1138.2 *Code* cuando afirma: «*Elle [l'obligation de livrer] rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée [...]*». Ya se considere la letra del precepto equívoca¹⁵⁵⁵ o correcta aunque compleja¹⁵⁵⁶, la doctrina

¹⁵⁵³ En contra, de forma aislada, DANOS, 2007, p. 402.

¹⁵⁵⁴ DELVINCOURT, 1824a, p. 134 y 527; DURANTON, 1846a, p. 431 y 1846b, pp. 86 y 124; LAROMBIÈRE, 1857a, p. 444; DEMOLOMBE, 1877, p. 405; LAURENT, 1878a, p. 271 y 1878b, p. 197; HUC, 1894, p. 155; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 155; BEUDANT, 1936, p. 515; PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 565; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 841-842 y 906.

¹⁵⁵⁵ Entiende DURANTON, 1846a, p. 431, que de las palabras del precepto cabría entender que el riesgo corresponde al acreedor, bien solo a partir del momento en que la *livraison* debe realizarse, bien desde el momento del nacimiento de la obligación de *livrer* y con independencia del momento en que deba cumplirse tras la celebración del contrato. LAURENT, 1878a, p. 271, también destaca la dificultad del texto y su incorrecta redacción. El autor, no obstante, considera inadmisibles entender que el comprador no soporta el riesgo hasta el vencimiento del término porque este no impide que el vendedor cumpla la obligación de conservar la cosa y que, en consecuencia, el acreedor pague con el riesgo.

subraya las diferencias entre el término y la condición: el término tan solo retarda el cumplimiento de la obligación¹⁵⁵⁷, su exigibilidad¹⁵⁵⁸, y el riesgo está a cargo del acreedor porque su derecho ya ha nacido y la cosa es debida desde la celebración del contrato¹⁵⁵⁹. Da igual que exista un término para la *délivrance*¹⁵⁶⁰ porque el contrato es perfecto por el consentimiento de los contratantes¹⁵⁶¹; los efectos de la obligación a término y la pura y simple son idénticos¹⁵⁶². La comparativa entre la condición y término, con las consecuencias que se sacan a efectos del riesgo, podría someterse a crítica, pero ello sería fútil en este momento. Tras la reforma del año 2016, aclarada y reafirmada la vinculación entre la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad en el nuevo art. 1196 *Code*, la cuestión es clara: la existencia de un término para la *livraison* no impide que el comprador devenga propietario por efecto del contrato y, en consecuencia, asuma el riesgo. Solo un término que posterga la transmisión de la propiedad pospone, a su vez, la transmisión del riesgo¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁶ DEMOLOMBE, 1877, p. 404. Como ya sabemos, el autor no vincula la cuestión de la transmisión de la propiedad con la del riesgo. Así señala que, aunque se retrase la transmisión de la propiedad hasta la expiración de un término, no por ello el riesgo deja de estar a cargo del acreedor (p. 405).

¹⁵⁵⁷ DELVINCOURT, 1824a, p. 134; DURANTON, 1846a, p. 431; LAURENT, 1878a, p. 271; HUC, 1894, p. 155; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1902, p. 155.

¹⁵⁵⁸ LAURENT, 1878b, p. 197; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 841-842.

¹⁵⁵⁹ DURANTON, 1846a, p. 431; BEUDANT, 1936, p. 515; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 841-842.

¹⁵⁶⁰ DELVINCOURT, 1824a, pp. 527-528. También BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, 1897, p. 380; quienes hablan de *livraison*.

¹⁵⁶¹ DURANTON, 1846a, p. 431.

¹⁵⁶² LAURENT, 1878b, p. 197; BEUDANT, 1936, p. 515.

¹⁵⁶³ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, pp. 391 y 1440. Ya con anterioridad, respecto al antiguo art. 1138 *Code*, mismas reflexiones en MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 906; PLANIOL/RIPERT, 1956, p. 11.

PARTE SEGUNDA UN SISTEMA SIN TRANSMISIÓN DEL RIESGO

CAPÍTULO 4 CUMPLIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

El *Capítulo 4* abre la *Parte Segunda* del presente estudio retomando la conclusión a la que, en esencia, se ha llegado en la *Parte Primera* de la investigación: la *especialísima* disciplina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa se justifica porque priva al comprador de la posibilidad de acudir a los remedios del incumplimiento: el vendedor no entregará la cosa (pérdida fortuita) o no la entregará en el estado en que se hallaba en el momento de la puesta a disposición (deterioro fortuito) pero a pesar de ello, a pesar del incumplimiento que deja al acreedor insatisfecho, este debe cumplir su parte del contrato: ha de pagar el precio.

Y como he adelantado en la *Introducción* de la presente obra, la filosofía que impregna este antediluviano expediente y su manera de operar no se ajustan a los cambios actuales en el modo de entender la vinculación contractual (la búsqueda de la satisfacción del interés del acreedor protegido por el contrato más que la atención a realización de los deberes de conducta del deudor), el incumplimiento (concepto neutro y unitario desprendido del presupuesto de la culpa) y el sistema articulado de remedios (que supera la fragmentación del anterior sistema y que los dispersaba en sus finalidades) encaminados proteger tal interés insatisfecho. En la actualidad, los antiguos problemas de pérdida y deterioro fortuitos sobre los que se articulaba la añeja disciplina de la transmisión del riesgo se conciben como problemas de cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad. Y tal binomio, cumplir o incumplir, no deja espacio para que opere la disciplina de la transmisión del riesgo y su esencia.

No obstante, seguimos hablando de transmisión del riesgo; momento de transmisión que incluso se ha querido situar en el momento en que el vendedor cumple sus obligaciones (de entrega y conformidad) precisamente para adaptar esta antigua disciplina a la nueva comprensión de la vinculación contractual y el incumplimiento. Pero este proceder se me antoja una duplicidad innecesaria. Y veremos que, aunque el § 446 BGB responda a tal idea y sitúe la transmisión del riesgo en el momento de la entrega, no se trata de un criterio que con una visión prospectiva, se deba adoptar en una eventual reforma del Derecho de obligaciones y contratos español. Más allá de la hostilidad que el legislador alemán haya podido sentir frente a la incierta herencia romana y su contrariedad con la esencial bilateralidad del contrato de compraventa¹⁵⁶⁴, lo cierto es que esta disposición (cfr. también el § 447 BGB) pretende atender al supuesto en que, cumpliéndose la entrega, no tiene lugar la transmisión de la propiedad en ese momento; pensando principalmente en un supuesto de compraventa con cláusula de reserva de dominio. Pero a mi entender, no creo que ni siquiera haga falta semejante norma para evitar que el vendedor peche con el denominado riesgo de la contraprestación tras la entrega. Hay que diferenciar cuáles son los riesgos –los compromisos asumidos– de la obligación de entrega, conformidad y transmisión de la propiedad libre de derechos (y pretensiones, quizás) de terceros. Hay que *trocear* el contrato, dar un tratamiento separado a cada obligación, ver que es posible cumplir poco a poco o incumplir esto y no lo otro. Y a ello encamino este *Capítulo 4*; capítulo que desarrolla la idea ya expuesta en la *Introducción* de la tesis: en esencia, las normas sobre transmisión del riesgo han de ser *reescritas* en sede de cumplimiento de entrega y de conformidad; normas a las que seguimos apelando, desnaturalizadas en su originaria función, por una fuerte inercia y tradición y que *principalmente* están describiendo de forma indirecta en qué consiste la obligación de entrega.

Como señalé en su momento, si las concepciones del moderno derecho de contratos encuentran su sustrato en la CVCIM, esta cuenta

¹⁵⁶⁴ ZIMMERMANN, 1996, p. 291.

con una extensa regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa; reglas que pretenden responder a las exigencias objetivas del tráfico¹⁵⁶⁵ y a una serie de cuestiones de orden pragmático¹⁵⁶⁶ que superan el enfoque de las normas decimonónicas atentas a una economía más sencilla¹⁵⁶⁷. Hay una clara insistencia en que la Convención, como tal, no maneja un criterio para regular la transmisión del riesgo en la compraventa¹⁵⁶⁸ y mucho menos el de la entrega, aunque de forma inmediata se señala a su vez que es obvio que la cuestión está relacionada con el cumplimiento de esta obligación¹⁵⁶⁹. Y si cabe considerar que el «control» de las mercaderías informa el régimen de la transmisión del riesgo, a su vez se insiste en que como tal, no es el criterio rector, sino tan solo un «principio immanente» a su regulación¹⁵⁷⁰.

Y esta insistencia en la inexistencia de un criterio rector en la materia; esta obstinación en que la cuestión de la transmisión del riesgo está vinculada con la entrega, pero esta no es el criterio que la rige, es resultado de su propia intrahistoria en la que jugó un papel definitivo la técnica legislativa que habría de regir la regulación de la transmisión del riesgo.

ALCOVER GARAU ha estudiado con detenimiento la cuestión, señalando que la CVCIM habría culminado el correcto tratamiento de

¹⁵⁶⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 81.

¹⁵⁶⁶ Lo describe perfectamente HONNOLD, 2009, p. 509: «*Allocating the risk of loss between seller and buyer should reflect considerations such as these: which party is in a better position to evaluate the loss and press a claim against the insurer and to salvage or dispose of damaged goods? Who can insure the good at the least cost? Who is more likely to carry insurance under standard commercial practice? What rules on risk will minimize litigation over negligence in the care and custody of the goods?*».

¹⁵⁶⁷ ALCOVER GARAU, 1991, p. 115, reflexiona, en atención a los desarrollos del contrato de seguro, que en realidad incluso cabe decir que ya no se trata de decidir qué parte asume la pérdida económica, si el vendedor quedándose sin la cosa y sin el precio o el comprador pagando el precio sin recibir la cosa, [nótese la descripción reduccionista del autor], sino qué parte debe soportar el coste financiero de la contratación, la prima y la reclamación al seguro.

¹⁵⁶⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 82.

¹⁵⁶⁹ Vid. las reflexiones de ANGELICI, 1986, p. 228; ALCOVER GARAU, 1991, p. 105.

¹⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 102.

la transmisión del riesgo en el tráfico actual mediante el necesario abandono de los que él denomina «criterios tradicionales» de transmisión del riesgo como la propiedad y la entrega¹⁵⁷¹. En el momento en que se comienza a analizar en UNCITRAL la regulación de los arts. 96 y ss. ULIS sobre la transmisión del riesgo, se considera que las soluciones desde el punto de vista material están en armonía desde el punto de vista material con las exigencias del comercio¹⁵⁷²; de hecho, es opinión generalizada que las soluciones de los arts. 66 y ss. CVCIM no producen alteración sustancial de la regulación de la ULIS¹⁵⁷³. Pero en la elaboración del texto convencional se cuestiona si la entrega es el criterio adecuado para la regulación de la cuestión del riesgo¹⁵⁷⁴.

Explica el autor, de forma muy resumida, que si el art. 97.1¹⁵⁷⁵ ULIS vincula la transmisión del riesgo a la entrega según se regula en el art. 19.1¹⁵⁷⁶ ULIS, aunque aisladamente se consideró un proceder satisfactorio¹⁵⁷⁷, la apreciación general fue muy crítica con el concepto de la entrega; tachado de abstracto, artificioso y tautológico¹⁵⁷⁸, que requiere la necesaria colaboración del comprador –crítica que se comprenderá después de todo lo dicho hasta ahora que yo no comparto en su totalidad– y que, en definitiva, no es satisfactorio para regular la transmisión del riesgo, además de que su

¹⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 80.

¹⁵⁷² HONNOLD, 2009, p. 509.

¹⁵⁷³ NICHOLAS, 1987, p. 483.

¹⁵⁷⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 88.

¹⁵⁷⁵ Art. 97.1 ULIS: «*The risk shall pass to the buyer when delivery of the goods is effected in accordance with the provisions of the contract and the present Law*».

¹⁵⁷⁶ Art. 19.1 ULIS: «*Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract*».

¹⁵⁷⁷ Vid. TUNC, 1958, p. 1065, para el proyecto de la ULIS.

¹⁵⁷⁸ «*Delivery consists in the handing over...*»; «la entrega consiste en la dación...» se suele traducir al español.

definición es inmediatamente contestada en el art. 19.2 ULIS para la compraventa que implica transporte de mercaderías¹⁵⁷⁹.

Razona ALCOVER GARAU que los redactores de la ULIS regularon la entrega desde la perspectiva de la cuestión de la transmisión del riesgo y que esa definición del art. 19.1 ULIS atendía a lo que se consideraba adecuado para la compraventa de ejecución en plaza¹⁵⁸⁰. Pero a pesar de esa definición que se presentaba con vocación general y alzada la entrega como criterio rector de la regulación del riesgo, lo cierto es que en los arts. 97 y ss. ULIS –a los que aludiré puntualmente a lo largo de este capítulo– no se utiliza tal concepto para regular las cuestiones atinentes al riesgo. La propia regulación del riesgo, explica el autor, deroga el supuesto criterio general de la entrega; concepto demasiado genérico y abstracto que se revela inútil al ser constantemente excepcionado¹⁵⁸¹. De ahí que la línea metodológica de los arts. 66 y ss. CVCIM haya optado por atender a sucesos comerciales concretos, adoptar una técnica legislativa «analítico-tipológica» para estructurar la regulación de la transmisión del riesgo en atención a las modalidades contractuales típicas del tráfico, desvincular la entrega de la transmisión del riesgo y, a su vez, renunciar al intento de definir con carácter general lo que la entrega sea¹⁵⁸². Y el planteamiento de la Convención, paradigma de regulación en el moderno Derecho de la contratación, fue el camino a seguir por otros textos jurídicos que regulan la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa como el DCFR, el CESL, el CCCat, la PMCC, la PCM o PAPDC. A ellos hago alusión a lo largo de este estudio.

Pues bien, en verdad nos encontramos ante una *cuestión de técnica legislativa* porque, insisto, estas normas particulares sobre el riesgo

¹⁵⁷⁹ Art. 19.2 ULIS: «Where the contract of sale involves carriage of the goods and no other place for delivery has been agreed upon, delivery shall be effected by handing over the goods to the carrier for transmission to the buyer».

¹⁵⁸⁰ *Vid.* LAGERGREN, 1958, p. 1044.

¹⁵⁸¹ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 92-97.

¹⁵⁸² *Ibidem*, pp. 100-104.

regulan indirectamente lo que es cumplir la obligación de entrega y, en consecuencia, la obligación de conformidad¹⁵⁸³. Pero, en realidad, no es preciso mantener el *armazón* de la disciplina de la transmisión del riesgo cuando, en la actualidad, este expediente ya no responde al escenario que le vio nacer ni puede entrar en funcionamiento en el espacio en que antes operaba: antes del cumplimiento. Cumplimiento e incumplimiento no dejan espacio para la transmisión del riesgo; hay que abandonar la dialéctica de la transmisión del riesgo. Y lo que es evidente, como adelantaba en la *Introducción* general de esta obra, es que se está recurriendo al antiguo expediente de la *transmisión del riesgo* para realizar el *reparto de los riesgos* del contrato; a qué se compromete y qué garantiza el vendedor. Y esa transmisión del riesgo nada tiene que ver con este reparto de riesgos porque, si la primera reconoce que el comprador queda insatisfecho respecto a lo efectivamente comprometido, los segundos no lo permiten.

La CVCIM, según dije en su momento, asume en cierta medida el proceder, también tipológico de los INCOTERMS. En el presente estudio analizo la versión del año 2020; un conjunto de once reglas comerciales que, en efecto separan por un lado la regulación de la entrega (Regla A2) y la recepción (Regla B2) de la regulación de la transmisión del riesgo por «pérdida o daño» (Reglas A3 y B3). Pero son reglas que internamente, veremos a medida que aluda a ellas, están directamente conectadas; reglas a través de las cuales los INCOTERMS fomentan una sana cooperación entre las partes para alcanzar el cumplimiento. De hecho, en la Introducción explicativa de los INCOTERMS, así como en las notas explicativas de cada uno de ellos, se realiza una constante y directa trabazón entre entrega y transmisión del riesgo¹⁵⁸⁴, porque otra cosa no es posible: estas reglas

¹⁵⁸³ Suele subrayar la doctrina que si los art. 96 y ss. ULIS se encontraban al final del texto legal, la posición de los arts. 66 y ss. CVCIM se adelantan para poner en conexión la cuestión de la transmisión del riesgo y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. NICHOLAS, 1987, p. 483.

¹⁵⁸⁴ Por poner ahora unos de ejemplos, *Vid.* DEBATTISTA, 2019, p. 2, núm. 5: Las reglas INCOTERMS describen, entre otras cosas: «Riesgo: dónde y cuándo “entrega” el vendedor la mercancía. En otras palabras, dónde se transmite el riesgo de vendedor a comprador». «El

vienen a poner en un mismo plano la entrega, la transmisión del riesgo y el incumplimiento; vienen a describir lo que garantiza el vendedor.

Dicho todo esto, en mi insistente cuestionamiento de la necesidad de específicas normas sobre transmisión del riesgo, en el presente *Capítulo 4* realizo una relectura de dichas normas contenidas en la CVCIM y los restantes instrumentos que la siguen en clave de cumplimiento de la obligación de entrega en sus modalidades de entrega directa e indirecta. A continuación, hilo la cuestión de la obligación de conformidad que desligo de la ya innecesaria «transmisión del riesgo». Y posteriormente destaco que la existencia de una obligación de transmitir la propiedad tampoco precisa de una específica regulación de transmisión del riesgo. Hay que distinguir el compromiso del vendedor respecto al cumplimiento de cada obligación; ir detectando obligación por obligación cuál es el compromiso adquirido por el vendedor en cada caso. Ocasionalmente, saldrán a relucir cuestiones del incumplimiento del contrato, pues ya adelanto que las normas sobre transmisión del riesgo mezclan asuntos relativos al cumplimiento e incumplimiento de las partes contractuales. Pero la cuestión del incumplimiento se aborda en el *Capítulo 5*.

Una vez que he vertido todo el bagaje de la transmisión del riesgo regulado en la CVCIM en sede de cumplimiento y detecto distintas problemáticas al respecto (duplicidades normativas, la cuestión de la identificación de las mercaderías con el contrato, el contrato de transporte, la importancia de la regla del cumplimiento simultáneo de las contraprestaciones, intervención de terceros en el cumplimiento, el rol de los documentos al que me asomo de forma somera etc.) realizo

lugar o puerto de entrega identificado en A2 es crítico para el riesgo». «El lugar o puerto de entrega según lo estipulado en A2 marca el lugar donde el riesgo se transmite del vendedor al comprador según lo estipulado en A3. Es en dicho lugar o puerto donde el vendedor cumple su obligación de proporcionar la mercancía en virtud del contrato como se refleja en A1». (p. 4, núms. 18 y 19). Ya, en fin, se alude a los puntos en el «el vendedor “entrega” la mercancía al comprador, transmitiendo el riesgo a este último desde dicho momento y punto» (p. 13, núm. 56).

un esbozo, a modo didáctico, de cómo se podrían traducir las normas sobre transmisión del riesgo en sede de cumplimiento. Se trataría de dar unas ideas orientativas, con una visión prospectiva, en la medida en el ordenamiento jurídico español vive actualmente un período de transición desde un antiguo a un modernizado Derecho de contratos.

II. ENTREGA, RECEPCIÓN Y PAGO DEL PRECIO

1. Compraventa en la plaza del vendedor: compraventa con entrega directa

A) Aproximación

En sede de transmisión del riesgo, el art. 69 CVCIM atiende a modalidades de compraventa consideradas residuales y excepcionales en el ámbito internacional¹⁵⁸⁵ y recoge aquel tipo de contrato que – como he explicado en la primera parte de la presente investigación– es el supuesto de hecho base sobre el que se estructura la regulación del arts. 1452 Cc y 331 y 333 Ccom, se articula la disciplina de la transmisión del riesgo y, en consecuencia, entra en juego la paremia *periculum est emptoris*: la compraventa de ejecución en plaza; una tipología de contrato que, aunque propia de los códigos decimonónicos¹⁵⁸⁶, sigue estando presente en el tráfico actual de bienes y concebida como la modalidad básica en muchos sistemas nacionales.

Dispone el art. 69.1 CVCIM lo que sigue: «En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al

¹⁵⁸⁵ HONNOLD, 2009, p. 533; VON HOFFMANN, 1986, p. 294; NICHOLAS, 1987, p. 502; ALCOVER GARAU, 1991, p. 139; BOLLÉE, 2001, p. 265. Se trata de la categoría clásica de compraventa, dice ANGELICI, 1981, p. 232.

¹⁵⁸⁶ En este sentido, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 188: «En el marco de la economía agraria y localista del siglo pasado, resultaba muy habitual que el comprador retirase personalmente los bienes adquiridos del establecimiento mercantil del vendedor. Sin embargo, el paulatino desarrollo de las compañías de transporte, independientes y especializadas en trasladar mercaderías de un lugar a otro, acabará provocando el abandono de este tipo de contratación en favor de las compraventas indirectas, más seguras, ágiles y cómodas para el comprador».

comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción». El precepto no identifica de forma directa el supuesto de hecho al que se refiere, más allá de descartar los casos que implican el transporte de mercaderías y las compraventas en tránsito – arts. 67 y 68 CVCIM– a los que aludo más adelante. Es preciso pasar por el art. 69.2 CVCIM, relativo a los casos en que el comprador se hace cargo de las mercaderías «en un lugar *distinto* de un establecimiento del vendedor»¹⁵⁸⁷, para concluir *a contrario sensu* que el art. 69.1 CVCIM se refiere a la compraventa en la plaza del vendedor¹⁵⁸⁸; mejor dicho, en *una* plaza del vendedor. Se trata del caso en que el comprador –o un tercero por él indicado– tiene que desplazarse a un establecimiento del vendedor para recoger la mercadería¹⁵⁸⁹.

Y así, exclusión tras exclusión¹⁵⁹⁰, dado que la previsión se aplica cuando no entran en juego los arts. 67, 68 y 69.2 CVCIM, se dice que el art. 69.1 CVCIM es el supuesto residual dentro del ya residual precepto¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁷ Cursiva añadida. Al art. 69.2 CVCIM atiendo también más adelante. *Vid.* Capítulo 4, II, 3.

¹⁵⁸⁸ HONNOLD, 2009, p. 533; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 123; ALCOVER GARAU, 1991, p. 138; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 545; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 188; BRIDGE, 2008, p. 97; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 472.

¹⁵⁸⁹ «Pick-up» o «collect», dicen HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 922 y 940.

¹⁵⁹⁰ «Tortuoso proceso de exclusión», apunta HONNOLD, 2009, p. 534.

¹⁵⁹¹ NICHOLAS, 1987, p. 502. Desde otra perspectiva, GUSTIN, 2001, p. 388; BRIDGE, 2008, p. 97, entienden que el art. 69.1 CVCIM es la regla básica y la del apartado segundo la especial. HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 922, la presentan como la regla básica respecto de las demás previstas en los arts. 67 a 69 CVCIM. Destaca ALCOVER GARAU, 1991, pp. 138-139, que habría sido más lógico realizar una formulación directa del supuesto que contempla el art. 69.1 CVCIM. Pero la letra del precepto se justifica porque el art. 69.2 CVCIM se introduce con posterioridad en el proceso de elaboración de la norma y, antes de su incorporación, el caso que contempla el segundo estaba incluido en el primero. Lo que debería haberse hecho y no se hizo –dice el autor– es dar una nueva redacción al 69.1 CVCIM. También MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 123. Para OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 189-190, la fórmula oscura del art. 69.1 CVCIM responde a la técnica legislativa propia del Derecho anglosajón: formulaciones negativas y excluyentes de las que hay que extraer la solución o regla positiva. También entiende que el supuesto del precepto debería haberse formulado de forma positiva.

Se valora de forma positiva¹⁵⁹² que el art. 69.1 CVCIM acoja el criterio de la recepción¹⁵⁹³ para la transmisión del riesgo: el comprador pecha con el riesgo cuando «se hace cargo de las mercaderías», «*he takes over the goods*», «*lorsqu'il retire les marchandises*», dicen las versiones española, inglesa y francesa del precepto; en definitiva, cuando el comprador toma la posesión y el control físico e inmediato sobre aquellas¹⁵⁹⁴. Se destaca la bilateralidad de este acto¹⁵⁹⁵. Se trata de la misma solución a la que se llega al confrontar los arts. IV.A.-5:102(1), IV.A.-2:202(1) y III.-2:101(1)(b) DCFR¹⁵⁹⁶ y los arts. 143.1 y 93.1(b)(ii) CESL¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹² De modo aislado, GOODFRIEND, 1984, pp. 584-585, considera que la letra del precepto deja espacio para eventuales disputas en situaciones ambiguas dado que el precepto no requiere específicamente la «*physical handling of the goods*», para la transmisión del riesgo. Para evitar cualquier controversia, dice, debe exigirse que el comprador adquiera el verdadero control –*actual control*– de las mercaderías sin que sea suficiente el intercambio de documentos o acuerdos verbales. Entiende el autor que esto último podrá suponer que las cosas estén a disposición del comprador; pero el precepto exige para la transmisión del riesgo algo más: *taking over the goods*. También ve ciertas dudas en la construcción de la norma BOLLÉ, 2001, p. 266.

¹⁵⁹³ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 544.

¹⁵⁹⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 194. Retirada efectiva, dice AUDIT, 1990, p. 89; detentación material, dice ALCOVER GARAU, 1991, p. 172; cambiar el control fáctico de las mercaderías, apuntan HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 922 y 940 o BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 472.

¹⁵⁹⁵ BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 60.

¹⁵⁹⁶ Art. IV.A.-5:102(1) DCFR: «*The risk passes when the buyer takes over the goods [...]*». Art. IV.A.-2:202(1): «*The place and time of delivery are determined by III.-2:101 (Place of performance) and III.-2:102 (Time of performance) as modified by this Article*». Art. III.-2:101(1)(b): «*If the place of performance of an obligation cannot be otherwise determined from the terms regulating the obligation it is: [...] the debtor's place of business*». Señalan VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1373, que existe un vínculo entre el control físico y la atribución del riesgo.

¹⁵⁹⁷ Art. 143.1 CESL: «En los contratos entre comerciantes, el riesgo se transmitirá en el momento en que el comprador reciba los bienes [...]». Art. 93.1(b)(ii) CESL: «Cuando no pueda determinarse de otra manera, el lugar de entrega será: el lugar del establecimiento comercial del vendedor en el momento de la celebración del contrato». ZOLL/WATSON, 2012, p. 608, destacan que se trata de la misma solución que la del DCFR.

Los argumentos en favor de este criterio, en línea con esas ideas ya señaladas¹⁵⁹⁸ que informan y subyacen a toda la regulación contenida en los arts. 66 a 70 CVCIM, son en esencia los que siguen.

En primer lugar, se dice que, dado que las mercaderías se encuentran bajo el control del vendedor, este es el que está en mejor posición para protegerlas y evitar que sufran daños. Del mismo modo, se añade que al vendedor le resulta fácil contratar un seguro que cubra tanto sus instalaciones como su contenido, pues está en mejor situación para valorar ambos y calcular los posibles riesgos. En tercer lugar, se apunta que, si el riesgo se transmite al comprador antes de la recepción de las mercaderías y estas sufren alguna pérdida o deterioro fortuitos y el vendedor reclama el precio, el comprador entenderá que ello se ha debido a una falta de diligencia del vendedor o cualquier persona perteneciente a su organización; apreciación de la que derivará el subsiguiente litigio¹⁵⁹⁹.

Se suele realizar una comparativa de la solución dada por el precepto con la de los INCOTERMS; básicamente con el término EXW (*Ex Works* - En Fábrica). Este término no ofrecería, según se dice, una respuesta idéntica a la del art. 69.1 CVCIM¹⁶⁰⁰ en la medida en que su regla A3 (transmisión del riesgo)¹⁶⁰¹ determina que el «el vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía *hasta* que se haya entregado de acuerdo con A2 [...]»¹⁶⁰²; regla esta última que, de forma resumida, establece que la entrega tiene lugar con la

¹⁵⁹⁸ Vid. Capítulo 4, I. Esp. nota a pie de página 1566.

¹⁵⁹⁹ ROTH, 1979, p. 299; HONNOLD, 2009, p. 535 y 1984, p. 8.13; ANGELICI, 1981, pp. 232-233; VON HOFFMANN, 1986, pp. 296-297; NICHOLAS, 1987, p. 503; AUDIT, 1990, p. 89; ALCOVER GARAU, 1991, p. 171-172; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 124; NEUMAYER/MING, 1993, p. 444; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 544-545 y 546; HEUZÉ, 2000, p. 332; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 193; BOLLÉE, 2001, p. 266; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 922; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 60-62. En esencia, mismas reflexiones –salvo las relativas a evitar litigios– en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1373, para el DCFR.

¹⁶⁰⁰ En este sentido, AUDIT, 1990, p. 90; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 546, en nota; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 190-191; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 473.

¹⁶⁰¹ Extrañamente titulada, «*Transmisión de riesgos*» (cursiva añadida) cuando trata un supuesto en el que, según dice, el riesgo es del vendedor.

¹⁶⁰² Cursiva añadida.

puesta a disposición de la mercancía para ser cargada en un vehículo¹⁶⁰³. De ahí que se considere preferible la opción de la CVCIM¹⁶⁰⁴. Como ya he adelantado, utilizo en este estudio la versión INCOTERMS 2020.

No obstante, quizás haya que confrontar más reglas del término EXW antes de llegar a tal conclusión porque, si bien es cierto que la regla B3 (transmisión del riesgo) determina que el comprador «corre con todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento en que se haya entregado según lo estipulado en A2», puesta a disposición, la regla A10 (notificaciones) determina que el vendedor «debe dar al comprador cualquier aviso necesario que permita al comprador proceder a la recepción de la mercancía» y la regla B2 (recepción) señala que «el comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya entregado según lo estipulado en A2 y se hayan dado los avisos según lo estipulado en A10».

A mi parecer, tanto esa insistente –y positiva– comunicación entre las partes que fomentan los INCOTERMS¹⁶⁰⁵ como una lectura conjunta de todas las reglas que acabo de mencionar, parecen indicar que se busca la simultaneidad entre la puesta a disposición y la recepción; borrando así ese espacio de tiempo tras la puesta a disposición que, en el ámbito del Derecho español codificado, determina la transmisión del riesgo antes de la recepción (léase, entrega)¹⁶⁰⁶. Ha de añadirse, además, que los INCOTERMS no regulan el momento, el lugar ni el método del pago del precio¹⁶⁰⁷; contraprestación que, como veremos enseguida con relación a otras normas de la CVCIM y a la clásica

¹⁶⁰³ ICC, 2019, p. 26. Regla A2 (entrega) término EXW: «El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, no cargada en ningún vehículo de recogida. Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede seleccionar el punto que mejor le convenga. El vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o dentro del plazo acordado».

¹⁶⁰⁴ VON HOFFMANN, 1986, p. 295; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 192.

¹⁶⁰⁵ *Vid.* Capítulo 4, I.

¹⁶⁰⁶ *Vid.* Capítulo 1, IV.

¹⁶⁰⁷ DEBATTISTA, 2019, p. 2, núm. 7.

regla de la simultaneidad entre la entrega y el pago del precio, pone en evidencia que la mera puesta a disposición no es, como tal, acto de cumplimiento de la obligación de entrega.

Siguiendo con el término EXW, cuando ALCOVER GARAU repara en la regulación de la compraventa EXW en los INCOTERMS 1980, no duda en afirmar que tal cláusula sigue el criterio de la recepción en la medida en que, de conformidad con la antigua regla A4¹⁶⁰⁸, el vendedor debe dar aviso al comprador de la fecha en que la mercadería *estará* a su disposición; fecha en la que este ha de retirarla¹⁶⁰⁹. De hecho, la regla A7 (aviso al comprador) del término EXW en los INCOTERMS 1990 se expresa de forma muy semejante: «Dar al comprador aviso suficiente acerca *de cuándo y dónde* la mercancía será puesta a su disposición»¹⁶¹⁰.

Por supuesto, las reglas INCOTERMS han sido sometidas, desde su primera versión en 1936, a diferentes modificaciones en el fondo y en la forma; tal ha sido el caso de los importantes cambios estructurales de la versión del año 2020 con los que se ha querido dar más prominencia a la cuestión de la entrega y el riesgo¹⁶¹¹. Y en esos cambios, la claridad de ciertas previsiones puede verse difuminada. No obstante, esas antiguas reglas A4 y A7 de la cláusula EXW de los INCOTERMS 1980 y 1990, describen –según he explicado– cómo se concibe dicha cláusula en Derecho inglés¹⁶¹² y se asemeja a la forma en que yo he interpretado el término «poner a disposición» en el Derecho español codificado¹⁶¹³: una llamada al cumplimiento. Y así seguramente ha de interpretarse la regla A10 de la cláusula EXW de los INCOTERMS 2020. El vendedor no ha de decir *de repente* al

¹⁶⁰⁸ Regla A4 EXW INCOTERMS 1980: «El vendedor debe avisar al comprador, dentro de un plazo razonable, de la fecha en que la mercadería estará a su disposición».

¹⁶⁰⁹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 169; que sigue en su exposición el estudio de Eisemann sobre los INCOTERMS 1980. Según indica el autor, la solución coincide en esencia, a lo que aquí interesa, con la versión de los INCOTERMS 1990. También MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 124.

¹⁶¹⁰ ICC, 1990, p. 120, Regla A7 (aviso al comprador) término EXW. Cursiva añadida.

¹⁶¹¹ DEBATTISTA, 2019, pp. 13 y ss.; esp. núm. 58.d).

¹⁶¹² Capítulo 2, III, 2.

¹⁶¹³ Capítulo 1, IV.

comprador que la cosa ya está a su disposición, sino que le ha de decir *desde* cuándo e incluso *hasta* cuándo la cosa está/estará a su disposición. Insistiré a lo largo de estas páginas que todo estímulo en sede de *cumplimiento* a que las partes se comuniquen entre ellas para que concreten el momento de la ejecución de sus obligaciones es mucho más beneficioso que esperar al momento del incumplimiento (o a la duda sobre un eventual incumplimiento) para articular medidas que fomenten dicha comunicación con ánimo de solucionar el incumplimiento.

Sea como fuere, en el escenario descrito por el art. 69.1 CVCIM en el que, entre la puesta a disposición y la recepción por el comprador, no se le *transmite* –según dice el precepto– el riesgo, se afirma que *el riesgo permanece sobre el vendedor* durante el período de tiempo en el que el comprador puede pero no está compelido a proceder a la recepción de las mercaderías¹⁶¹⁴. Y hay que preguntarse qué se quiere decir con esa idea de que el riesgo es del vendedor hasta la recepción.

TAMAYO CARMONA afirma lo que sigue: «Desde la órbita de la responsabilidad del vendedor, según el art. 31 b) y c)¹⁶¹⁵ cesará en el momento en que las “ponga en disposición del comprador”; desde la órbita del riesgo, cuando el comprador “se haga cargo de las mercaderías”. Interpretando esta última expresión como “toma de posesión”, la incidencia de un evento dañoso de las mercaderías antes de ésta, pero ulterior a la “puesta a disposición” realizada por el vendedor, significará por un lado, *la imposibilidad del comprador de interponer las acciones por incumplimiento (pues habrá cumplido), pero el vendedor no podrá exigir el pago del precio de la mercancía (pues el riesgo contractual recaía sobre él)*»¹⁶¹⁶. El autor matiza la anterior afirmación más adelante: «mientras el vendedor se encontraría en principio exonerado de responsabilidad poniendo a

¹⁶¹⁴ HONNOLD, 2009, p. 534; VON HOFFMANN, 1986, p. 295; ALCOVER GARAU, 1991, p. 174; NEUMAYER/MING, 1993, p. 444.

¹⁶¹⁵ Este precepto alude a la obligación de entrega del vendedor. Enseguida lo menciono en el texto.

¹⁶¹⁶ TAMAYO CARMONA, 2000, pp. 23-24. La cursiva es añadida.

disposición del comprador la mercancía, ante una eventual pérdida o menoscabo de la misma *antes* de que el comprador pase a retirarlas el vendedor cargaría con los riesgos, o lo que es lo mismo, no podrá exigir el pago del precio convenido, sea en su totalidad o bien parcialmente. En tales casos, se encontrará supeditado a las acciones del comprador respecto a la vigencia del contrato, y en su caso, la respectiva disminución del precio»¹⁶¹⁷.

A mi entender, las anteriores explicaciones ponen en evidencia lo que no se puede mantener en la actualidad: la supervivencia de una *concreta* reflexión o regulación sobre una pérdida o deterioro fortuitos de la cosa –un *particular* riesgo que hay que decidir si atribuir al vendedor o al comprador– separada estructuralmente de las normas que regulan el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de las partes. Y esto no es posible por la sencilla razón de que, entre cumplimiento e incumplimiento ya no se deja espacio para nada más.

Ciñéndome a la obligación de entrega en este apartado, como he indicado más arriba, decir que el vendedor soporta el riesgo hasta la recepción de la cosa (el bien o las mercaderías, llámesele como se quiera), quiere decir que el vendedor no cumple su obligación de entrega si llegado el momento relevante el comprador no puede recibir. Si el vendedor no puede entregar, con total independencia del motivo, hay incumplimiento y, en consecuencia, el comprador puede acudir a los remedios previstos en el art. 45 CVCIM¹⁶¹⁸ en atención a sus singulares requisitos. No se trata de decidir sin más si el comprador paga o deja de pagar¹⁶¹⁹; fórmula simplista, mal expresada y prescindible del art. 66 CVCIM. Y si el vendedor no cumple hasta la recepción de la mercadería por el comprador, *va de soi* que poner la cosa a disposición del comprador, por mucho que lo diga el art. 31 CVCIM, no equivale a *cumplir* la obligación de entrega.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 92. La cursiva es del autor.

¹⁶¹⁸ VIDAL OLIVARES / OVIEDO ALBÁN, 2016, pp. 158-159.

¹⁶¹⁹ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 54.

Según se dice, este precepto regula¹⁶²⁰ tanto el *contenido/forma* de la obligación de entrega como el *lugar* de su cumplimiento¹⁶²¹. Pero, curiosamente, en el art. 31.a) CVCIM¹⁶²², relativo a los contratos que implican transporte de las mercaderías, que analizo más adelante, solo alude al contenido/forma pero no al lugar de la entrega, mientras que los apartados b) y c) en realidad solo aluden al lugar y no al contenido/forma de la entrega.

Estos dos últimos apartados del art. 31 CVCIM recogen aquellos supuestos en que, tal y como se ha sostenido tradicionalmente, la *obligación* de entrega se configura como una *Holschud*¹⁶²³ o una *dette querable*¹⁶²⁴; es decir, casos en los que el comprador ha de recoger por sí mismo las mercaderías que el vendedor pone a su disposición, desplazándose al lugar que tales apartados del precepto establecen, o a través de un transporte por él organizado¹⁶²⁵. Esta última cuestión no compete al vendedor¹⁶²⁶.

El art. 31.b) CVCIM –denso en exceso y que transcribo en nota¹⁶²⁷– alude a cuatro supuestos¹⁶²⁸: mercaderías (i) específicas, (ii) a extraer de una masa determinada, (iii) a manufacturar por el vendedor o un

¹⁶²⁰ «Mezcla», dice OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 78.

¹⁶²¹ WIDMER, 2010, p. 495; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 204.

¹⁶²² Art. 31.a) CVCIM: «Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador».

¹⁶²³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 259 y 264; WIDMER, 2010, p. 496 y 509.

¹⁶²⁴ NEUMAYER/MING, 1993, p. 241.

¹⁶²⁵ BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 208: «*obligation to collect*»; «*to come for the goods*», apunta HONNOLD, 2009, p. 313.

¹⁶²⁶ ALCOVER GARAU, 1991, p. 68.

¹⁶²⁷ Art. 31.b) CVCIM: «Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar».

¹⁶²⁸ WIDMER, 2010, p. 509-510.

tercero o (iv) a producir por el vendedor o un tercero. Si ambas partes saben (o debían saber, entiendo yo¹⁶²⁹) en el momento de la conclusión del contrato dónde se encuentran tales mercaderías o dónde han de ser manufacturadas o producidas, la obligación de entrega consistiría –en una lectura aislada del precepto– en poner dichas mercaderías a disposición del comprador en dicho lugar. «En los demás casos», dice el art. 31.c) CVCIM, la obligación de entrega consiste «en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato»¹⁶³⁰. El apartado c) alude al establecimiento del vendedor, pero no cabe duda de que casos recogidos en el apartado b) atienden no solo a lugares pertenecientes a un tercero, sino también a lugares que se encuentran en la esfera del vendedor¹⁶³¹; de ahí que, a mi entender, tales lugares habrían de ser considerados establecimientos del vendedor, se tendría que aplicar el art. 10.a) CVCIM¹⁶³² y el art. 69.1 CVCIM. Si tales lugares corresponden a un

¹⁶²⁹ Vid. el art. 621-14(2) CCCat que FARNÓS AMORÓS, 2021, p. 186, concuerda con el art. 31.b) CVCIM. Para WIDMER, 2000, p. 511; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 210, no es suficiente el estándar de que el comprador «no haya podido ignorar» para la aplicación del supuesto. Entienden que es decisivo el conocimiento de ambas partes.

¹⁶³⁰ Al igual que en sede del art. 69 CVCIM, la doctrina señala que las modalidades de entrega prevista en los apartados b) y c) del art. 31 CVCIM son los supuestos residuales en la compraventa internacional frente al apartado a) del precepto. HONNOLD, 2009, p. 313; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 259. Con otra perspectiva, entiende OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 82, que se trata la regla general y que las previsiones del art. 31.a) y b) CVCIM son las excepciones. Según el autor, «la Convención establece con frecuencia ese orden expositivo, que no concuerda con la lógica jurídica de los sistemas codificados de tradición romanista. Nuestro razonar jurídico antepone lo general a lo excepcional; el de *common law* parte de los casos concretos y relega a la consideración de residual lo que no está expresamente contemplado en supuestos específicos o situaciones previamente determinadas». BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 204, entienden que la *default rule*, en ausencia de acuerdo, es la del art. 31.c) CVCIM: el vendedor no está obligado ni a enviar ni a trasladar las mercaderías, sino a hacerlas disponibles. Aunque posteriormente reconocen que se trata de un caso raro.

¹⁶³¹ NEUMAYER/MING, 1993, p. 246, ponen como ejemplo sus fábricas o una filial.

¹⁶³² Art. 10 CVCIM: «A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración».

tercero, es un supuesto que no encaja en este último precepto, y al que me refiero más adelante, y habrá que estar al art. 69.2 CVCIM.

En sede del art. 31 CVCIM, vuelve a aproximarse esta modalidad de compraventa a la cláusula EWX¹⁶³³, pero también con el término FCA¹⁶³⁴ (*Free Carrier* - Franco Porteador) porque, como se indica en las notas explicativas de los INCOTERMS 2020 para los usuarios, el término FCA puede utilizarse cuando el lugar de entrega son las instalaciones del vendedor; caso en que además –precisan dichas notas explicativas– la entrega tiene lugar cuando el vendedor carga las mercaderías en los medios de transporte dispuestos por el comprador¹⁶³⁵ (regla A2 FCA) al contrario de lo que se exige en la regla A2 EXW. Y ante esta particularidad, hay quien afirma que la pertinencia del art. 69.1 CVCIM se ve atenuada precisamente por no concretar qué parte contractual articula o cómo se realiza esa recepción; esa carga en el medio transporte¹⁶³⁶.

No es posible exigir a ningún cuerpo normativo que llegue a tal grado de detalle, pues las previsiones con excesivo pormenor están avocadas a desatender otras posibles alternativas y realidades. Es el propio contrato y su integración (prácticas, usos, razonabilidad y confianza entre las partes) la manera con la que se debe llegar al detalle. La *inevitable* comparativa entre la CVCIM y los INCOTERMS ha de realizarse con cautela comprendiendo qué función cumple cada instrumento. De hecho, en la versión del año 2020, el término EXW ya no se reserva a una entrega en instalaciones que sean propiamente del vendedor¹⁶³⁷, al igual que la regla FCA contempla no solo la

¹⁶³³ HONNOLD, 2009, p. 316; LANDO, 1987, p. 254; AUDIT, 1990, p. 82.

¹⁶³⁴ WIDMER, 2010, p. 518.

¹⁶³⁵ ICC, 2019, p. 31.

¹⁶³⁶ BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 62.

¹⁶³⁷ ICC, 2019, p. 23. Es más, en las notas explicativas del término EWX, se recomienda que las partes acuerden de antemano quién asumirá el riesgo de cualquier pérdida o daño de la mercadería durante la carga del transporte; carga que previsiblemente realizará el vendedor dado que dispondrá del equipo necesario para ello en sus instalaciones o porque las normas de seguridad o protección impedirán el acceso de personal no autorizado a las instalaciones del vendedor. Por estas razones, se plantea que las partes valoren elegir la regla FCA (p. 24). De

posibilidad de que la entrega se realice en un tercer lugar –con las mercaderías preparadas para la descarga en el vehículo del vendedor a disposición del porteador o otra persona designada por el comprador¹⁶³⁸– sino que también contempla la posibilidad de que el transporte lo gestione el vendedor a expensas del comprador (regla A4. Transporte); de ahí que, en tal caso se aproxima el término FCA al art. 31.a) CVCIM¹⁶³⁹. En realidad, la compraventa con término FCA es en todo caso una modalidad de compraventa con entrega indirecta, no directa.

Sea como fuere, si los arts. 31.b) y c) y 69.1 CVCIM se aproximan principalmente con la regla EXW, y a veces con la cláusula FCA, es por la sencilla razón de que, de los cuatro grupos de reglas que compendian los INCOTERMS (E, F, C y D), las reglas E y D se sitúan en los extremos y las reglas F y C en posiciones intermedias dentro de lo que el contrato *concibe o detecta como origen y destino de las mercaderías*. Lo cierto es que el contenido esencial de la obligación de entrega de las mercaderías prevista en todos los INCOTERMS se corresponde con lo previsto en el art. 31.a), b) y c) CVICM; lo que sucede es que los INCOTERMS varían el lugar de ejecución de la obligación¹⁶⁴⁰.

A lo que ahora interesa, la regla EXW (y la cláusula FCA en las instalaciones del vendedor) es el extremo más próximo al vendedor (compraventa en plaza) y lejano al comprador. Y ello supone, en el lenguaje de los INCOTERMS, que las implicaciones en la entrega, los costes y los riesgos por pérdida y deterioro son menores para el vendedor y mayores para el comprador en la cadena del intercambio. Las reglas D, por el contrario, son el extremo más lejano al vendedor y cercano al comprador (compraventa a la llegada). Y ello conlleva, en el habla de los INCOTERMS, que las implicaciones en la entrega, los

lo que se trata, en definitiva, es de decidir si esa carga constituye una obligación del vendedor cuyo incumplimiento abre en favor del comprador el sistema de remedios.

¹⁶³⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶³⁹ WIDMER, 2010, p. 518.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 519.

costes y los riesgos por pérdida y deterioro son mayores para el vendedor y menores para el comprador en la cadena del intercambio.

Por eso se dice, en la jerga de los INCOTERMS, que en la regla EXW (y la cláusula FCA en las instalaciones del vendedor) el riesgo *se transmite* al comprador incluso antes de que el ciclo de transporte comience, mientras que en las reglas D, el riesgo se transmite muy tarde en dicho ciclo¹⁶⁴¹.

Y todo ello quiere decir, centrándome –insisto– en el cumplimiento de la obligación de entrega, que en la regla EXW (y la modalidad FCA en las instalaciones del vendedor) el vendedor cumplirá con la entrega en su establecimiento, independientemente de que las mercaderías lleguen o no al punto de destino que muy posiblemente ambas partes conocen; pero el vendedor *no lo garantiza* y, por lo tanto, no habría incumplimiento de la obligación de entrega que achacarle porque, en las reglas E y F, el lugar designado junto al término es el del cumplimiento de la obligación de entrega, pero no el destino de las mercaderías. En cambio, en las reglas D, el vendedor ha de entregar en el destino contemplado en la cláusula; *lo garantiza* y, de no hacerlo, habrá un incumplimiento que achacarle porque, en estas cláusulas, el lugar designado es tanto el lugar de entrega como el destino de las mercaderías. Se trata de una forma de repartir el riesgo en el contrato.

Las compraventas en plaza EXW y las compraventas a la llegada el grupo D son en realidad dos modalidades de compraventa con entrega directa en las que la entrega de la mercancía tiene lugar directamente entre vendedor y comprador (o sus agentes o representantes)¹⁶⁴² y en las que la diferencia esencial es el lugar de entrega; diferencia que, según se ha dicho, no es característica relevante desde el punto de vista jurídico, pero sí de gran trascendencia desde el punto de vista

¹⁶⁴¹ *Vid.* explicaciones de DEBATTISTA, 2019, p. 5, núm. 21.

¹⁶⁴² Por eso de esta categoría queda excluida la compraventa que se rija por el término FCA pues, aunque pueda tener en la plaza del vendedor, el porteador no es como tal representante del comprador.

económico. En las primeras, el vendedor espera a que el comprador se presente, mientras que en las segundas el transporte de las mercaderías se concibe como un acto preparatorio que asume el vendedor. Se considera, pues, coherente desde un punto de vista jurídico tratar conjuntamente bajo el paraguas de la compraventa directa dos modalidades de compraventa que se oponen en el plano económico¹⁶⁴³.

No obstante, esa idea de que cabe dar a ambas modalidades de compraventa el mismo tratamiento jurídico parece que es puesta en duda por la diferente solución que, en la clásica cuestión de la transmisión del riesgo, el art. 69.1 CVCIM parece ofrecer a la compraventa en plaza frente a la que establece el art. 69.2 CVCIM para diferentes supuestos entre los que se contemplan la compraventa a la llegada¹⁶⁴⁴; diferente solución que repercutiría en lo que cabría considerar cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales por ambas partes. Tendré oportunidad de explicar que esta última previsión me resulta particularmente compleja.

En fin, si el concepto de la puesta a disposición está presente en la compraventa en plaza, también aparece en la compraventa a llegada¹⁶⁴⁵ y siempre está dispuesto a producirnos –producirme– quebraderos de cabeza en cuanto a su papel en el cumplimiento de la obligación de entrega. Por ahora, toca su estudio en la compraventa en plaza.

¹⁶⁴³ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 67-70, siguiendo a Eisemann.

¹⁶⁴⁴ De hecho, el autor citado en la nota anterior ya alude a la diferencia entre ambas cuando señala que el vendedor entrega directamente al comprador, bien al poner la mercancía en poder y posesión del comprador, bien poniéndolas a su disposición. *Ibidem*, p. 67.

¹⁶⁴⁵ Cfr. INCOTERMS 2020 Regla A2 (Entrega) en DAP (*Delivered at Place* - Entregada en Lugar), DPU (*Delivered at Place Unloaded* - Entregada en Lugar Descargada) y DDP (*Delivered Duty Paid* - Entregada Derechos Pagados) con variaciones, a lo que ahora podría interesar, sobre si el vendedor debe o no descargar las mercaderías del vehículo de transporte en el punto de llegada.

B) Puesta a disposición, recepción y pago del precio en la CVCIM

Ante el concepto de la puesta a disposición en sede del art. 31 CVCIM, la doctrina recuerda¹⁶⁴⁶ las dificultades dogmáticas y de técnica legislativa que en su día planteó que el art. 19.1 ULIS afirmase que «*Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract*»; «la dación de la cosa conforme al contrato», se suele traducir al español. Como ya he explicado¹⁶⁴⁷, y recuerdo aquí muy sucintamente, el grado de abstracción que finalmente adquirió el concepto de entrega en el seno de la ULIS y las repetidas excepciones que sufría su aplicación en el ámbito de la transmisión del riesgo, cuando precisamente el momento de la entrega fue alzado como criterio decisor para ordenar el reparto del riesgo de pérdida y deterioro entre vendedor y comprador, determinó el cambio de la técnica legislativa de la CVCIM que, renunciando a ofrecer una definición general de la entrega, además deslindó la cuestión de la entrega de las denominadas normas sobre transmisión del riesgo. Como ya dije, no solo se trata de una separación en la forma pero no en el fondo, sino de una separación artificial e innecesaria pues yo me encamino a explicar que no son precisas esas normas singulares sobre transmisión del riesgo y que la definición de obligación de entrega como puesta a disposición no es exacta.

Parte de la doctrina, influenciada por toda esta heredada complejidad que rodea el binomio entrega/riesgo, acoge el binomio entrega/puesta a disposición; equivalencia a aceptar y que dejaría atrás, dice FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, la *vexata quaestio* de la distinción entre la entrega y la puesta a disposición, el controvertido requisito de la entrega física como rasgo configurador de la obligación de entrega (dación, *handing over* o *remise*) y la inexcusable colaboración del comprador para que dicha entrega tenga lugar. Es así que la obligación de entrega se entiende cumplida con la mera puesta a disposición; sin

¹⁶⁴⁶ HONNOLD, 2009, p. 314, con profusión en sede del art. 31 CVCIM.

¹⁶⁴⁷ *Vid.* Capítulo 4, I.

que sea preciso poner la cosa en poder y posesión del comprador¹⁶⁴⁸. A diferencia de la ULIS, la CVCIM no dice que «la entrega consiste en...», sino que «la obligación de entrega consistirá...» en la realización de los actos específicos previstos en el art. 31 y con independencia de si la «entrega» tiene lugar; separándose así las previsiones relativas a las obligaciones contractuales de las concernientes al reparto del riesgo¹⁶⁴⁹. En definitiva, se dice que el vendedor puede cumplir unilateralmente la obligación de entrega sin necesidad de la cooperación del comprador¹⁶⁵⁰; una vez que el vendedor cumple con la puesta a disposición de las mercaderías, ya no hay obligación de entrega aunque el riesgo, conforme al art. 69.1 CVCIM pueda transmitirse más tarde¹⁶⁵¹: con la recepción¹⁶⁵². Porque hay que diferenciar la entrega como acto de cumplimiento de la obligación del vendedor, de la entrega de la que se deriva la transmisión del riesgo¹⁶⁵³. Para que el vendedor se libere de su obligación no es necesario que la entrega material de las mercaderías tenga lugar, sino que basta que haya hecho por su parte todos los actos necesarios para que el comprador las reciba¹⁶⁵⁴.

Me resulta imposible compartir estas explicaciones.

¹⁶⁴⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 263-264.

¹⁶⁴⁹ HONNOLD, 2009, p. 315. También ALPA/BESSONE, 1981, pp. 172-173, quienes remarcaban que la CVCIM evita dar una definición de la entrega y que el riesgo se conecta con «*commercial events*» y no se circunscribe a la entrega de la cosa.

¹⁶⁵⁰ ANGELICI, 1981, p. 233; WIDMER, 2010, p. 496. Pero véase la inevitable conexión que este último autor establece entre la cuestión del cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo cuando más adelante (p. 497) dice respecto del art. 31.c) CVCIM que «*the risk does not pass until delivery has been made*», exigiendo que el comprador recoja las mercaderías «*made available*»; el riesgo se transmite, apunta el autor, cuando el vendedor ha hecho todo lo necesario para cumplir sus obligaciones.

¹⁶⁵¹ SCHLECHTRIEM, 1984, p. 6-10.

¹⁶⁵² CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 546, acepta la idea de que no hay coincidencia entre el cumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo al comprador; resultado de la técnica legislativa del texto convencional que, en materia de riesgos, atiende, dice, a razones de tipo práctico.

¹⁶⁵³ ANGELICI, 1981, p. 233.

¹⁶⁵⁴ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 82.

Creo que no hay *técnicamente* nada anómalo en admitir que el cumplimiento de una obligación puede depender de la colaboración de la otra parte contratante, sino más bien todo lo contrario. La cooperación forma parte de la esencia del contrato¹⁶⁵⁵. El propio art. 60 CVCIM es un claro ejemplo de ello cuando afirma que «La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) en hacerse cargo de las mercaderías»¹⁶⁵⁶.

Respecto al apartado a), la norma no detalla cuales son tales actos, materiales y jurídicos, que *propiamente* forman parte de la obligación de recibir las mercaderías y que debe efectuar el comprador para que el vendedor *pueda cumplir la obligación de entrega*¹⁶⁵⁷, pero los INCOTERMS 2020 sí ofrecen diversos ejemplos: en los términos EXW, DAP, DPU y DDP, dar aviso suficiente al vendedor sobre el momento y/o punto concretos en que recibirá de la mercadería si tiene derecho a ello¹⁶⁵⁸; en el término FCA, notificar en tiempo al vendedor el nombre del porteador a quien debe entregar la mercancía, el momento de la entrega y requisitos de seguridad del transporte¹⁶⁵⁹; en los términos CPT y CIP, determinar el momento de la expedición de las mercaderías –o de embarque en los términos CFR y CIF– y/o

¹⁶⁵⁵ Introducción, II.

¹⁶⁵⁶ El precepto ha sido reproducido por el art. IV.A.-3:104 DCFR y el art. 129 CESL, de los que se destaca también la cooperación que reclaman al comprador. En este sentido, VON BAR/CLIVE, 2009b, pp. 1327-1328, para el DCFR y DANNEMANN, 2012, p. 565, con relación al CESL.

¹⁶⁵⁷ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), pp. 488-489; quien destaca que el art. 60.a) CVCIM es un claro ejemplo del reconocimiento de la importancia que tiene el facilitar la cooperación necesaria para el cumplimiento. El fundamento de la norma se encuentra en la colaboración que se deben las partes, la buena fe, y el proceder honesto y diligente en la ejecución del contrato. No obstante, cuando el autor repara en el art. 60.b) CVCIM, subraya que el texto convencional parte de la base de que entregar las mercaderías y su recepción son actos jurídicos diversos. Dice que esta presupone lógicamente que aquella se ha efectuado. Como explico en el texto, yo no comparto tal planteamiento. También resaltan la importancia de la obligación de cooperar a través de este precepto, AUDIT, 1990, p. 137; HONNOLD, 2009, p. 488; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 427.

¹⁶⁵⁸ Regla B10 (Notificaciones) término EXW, DAP, DPU y DDP.

¹⁶⁵⁹ Regla B10 (Notificaciones) término FCA.

punto concreto para recibirlas si tiene derecho a ello¹⁶⁶⁰; en el término FAS, dar aviso suficiente del nombre del buque contratado por el comprador, requisitos de seguridad, el punto de carga y la fecha de entrega para que el vendedor pueda efectuarla colocando la mercancía al costado del buque designado¹⁶⁶¹; lo mismo en el término FOB para que el vendedor pueda efectuar la entrega colocando la mercancía a bordo del buque designado¹⁶⁶²; ya, en fin, las mutuas ayudas que vendedor y comprador se deben respectivamente para el despacho de exportación e importancia de las mercaderías¹⁶⁶³. Del mismo modo, también se menciona como ejemplo en la cooperación en la entrega que el comprador proceda a la especificación de las características de las mercaderías si tiene derecho a ello según prevé el art. 65 CVCIM¹⁶⁶⁴. Así, respecto a esa colaboración entre comprador y vendedor que muestran los INCOTERMS, WIDMER se ve en la necesidad de afirmar: «*It follows that contrary to the underlying principle of article 31¹⁶⁶⁵, delivery is not an act of the seller independent of the buyer's co-operation*»¹⁶⁶⁶.

Y si todas estas actividades *previas*¹⁶⁶⁷ del comprador a la entrega se conciben *jurídicamente*¹⁶⁶⁸ como cumplimiento de la obligación de recepción y condicionan que el vendedor pueda cumplir su obligación de entrega, no comprendo por qué se niega que la colaboración del comprador a través del cumplimiento de la obligación de recepción, *contemporánea o posterior* a la puesta a disposición, condiciona que

¹⁶⁶⁰ Regla B10 (Notificaciones) términos CPT, CIP, CFR y CIF.

¹⁶⁶¹ Cfr. Regla B10 (Notificaciones) y regla A2 (Entrega) término FAS.

¹⁶⁶² Cfr. Regla B10 (Notificaciones) y regla A2 (Entrega) término FOB.

¹⁶⁶³ Se concretan tales diversas ayudas en las Reglas A7 y B7 (Despacho de exportación/importación) de todos los INCOTERMS 2020. No es preciso reproducirlas aquí.

¹⁶⁶⁴ NEUMAYER/MING, 1993, p. 387; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 490; MOHS, 2010, p. 864; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 427. En contra AUDIT, 1990, p. 137.

¹⁶⁶⁵ Apreciación que no comparto.

¹⁶⁶⁶ WIDMER, 2010, p. 519.

¹⁶⁶⁷ Destacan MASKOW 1987, p. 435; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 427, el carácter preparatorio de tales actos.

¹⁶⁶⁸ Así lo dice expresamente el texto convencional y yo no he detectado crítica al respecto.

el vendedor pueda cumplir su obligación de entrega¹⁶⁶⁹. En realidad, son afirmaciones que se justifican por la técnica legislativa de la CVCIM que crea, aparte de las previsiones sobre el cumplimiento, supuestas normas de transmisión del riesgo. Pero en el fondo tales afirmaciones no son ciertas¹⁶⁷⁰.

Respecto al art. 60.b) CVCIM, el «hacerse cargo de las mercaderías», de la misma forma que se dice respecto de la recepción a la que alude el art. 69.1 CVCIM, supone tomarlas físicamente del lugar donde se encuentran y sin que ello suponga necesariamente que sean aceptadas o consideradas conformes (cfr. arts. 38 y ss. CVCIM)¹⁶⁷¹. Este acto de recepción es necesario para el cumplimiento de la obligación de entrega¹⁶⁷². Pocos son los autores que, al menos de forma muy tímida,

¹⁶⁶⁹ Un planteamiento teorizado y contrario al mío es el de LABANCA, 1968, pp. 72-93. De forma muy resumida el autor distingue entre actos ejecutivos de las obligaciones contractuales y actos ejecutivos del contrato. Con esta diferencia explica que, desde el punto de vista de la prestación del vendedor, la puesta a disposición es el acto solutorio de la obligación entrega. Con ella el vendedor cumple: se extingue el vínculo y la responsabilidad. Es un acto unilateral que, junto a otro acto unilateral (la recepción del comprador) permite la entrega o tradición «como acto ejecutivo del contrato». La puesta a disposición sería, a su entender, «una entrega “in itinere”, una traditio no perfeccionada». Sería absurdo, opina, sostener que el vendedor asume una obligación cuyo cumplimiento consista en una actividad suya más de la del acreedor de la relación.

¹⁶⁷⁰ De hecho, aunque WIDMER, 2010, p. 496, dice que vendedor puede cumplir unilateralmente la obligación de entrega sin necesidad de la cooperación del comprador, dice más adelante: si el vendedor poner las mercaderías a disposición del comprador conforme al art. 31 b) o c) CVCIM, «*the intended outcome of the performance of his delivery obligation, namely the obtaining of possession by the buyer*», depende de la voluntad continuada del vendedor de mantener las mercaderías a disposición del comprador hasta que este realmente proceda a la *taking over* (p. 517).

¹⁶⁷¹ «*Les ôter*», dice AUDIT, 1990, p. 138; «*les enlever physiquement*», NEUMAYER/MING, 1993, pp. 387-388; tomar posesión de ellas, apunta CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 490; acto puramente material, HEUZÉ, 2000, p. 299; «*to take physical possession*», señalan MASKOW, 1987, p. 439; MOHS, 2010, p. 861; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 426.

¹⁶⁷² El art. IV.A.-2:201(1) DCFR señala: «*The sellers fulfils the obligation to deliver by making the goods [...] available to the buyer*». Y no se observa dificultad en describir la entrega como transferir el control físico de la cosa al comprador cuando este tiene que recogerla en el establecimiento del vendedor (VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1259). En sede del art. 94.1(c) CESL, también aparece la mención de «poniendo a disposición del comprador los bienes»; «*making the goods [...] available to the buyer*» en la versión en inglés. Aunque ZOLL, 2012, p. 449, señala que el término deja claro que es suficiente poner la cosa a

se plantean que esa unilateralidad del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entrega no es tal¹⁶⁷³. Y pocos son los que afirman directamente, como ALCOVER GARAU, que en la CVCIM «el momento de la transmisión del riesgo en la venta en plaza coincide con el cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor»¹⁶⁷⁴. Otros, al confrontar los art. 31.b) y c) y 69 CVCIM, acaban por admitir, no sin ciertos vaivenes a mi entender, que la entrega es un acto complejo y que la transmisión del riesgo al comprador implica el cumplimiento de la obligación de entrega. Y estas son reflexiones bien encaminadas, por mucho que se defienda la importancia de la disciplina de la transmisión del riesgo¹⁶⁷⁵; apreciación que yo no comparto pues, como he adelantado, se trata de una duplicidad normativa. Solo tiene sentido hablar de transmisión del riesgo si se quiere impedir al comprador acudir a los remedios ante el incumplimiento de la obligación de entrega. Pero si el vendedor responde hasta que en efecto cumple la entrega, se borra el espacio que justifica la existencia de la clásica doctrina de la transmisión del riesgo. Decir que el riesgo por pérdida (riesgo por no entrega) se transmite en el momento en el que el vendedor cumple la entrega, es

disposición del comprador para cumplir la obligación sin necesidad de «transmitir la posesión», no hace una valoración positiva de un precepto en el que aparecen demasiados conceptos (*transfer of the physical possession, handing over, transferring of the control, making available*) para los que no es fácil establecer una clara línea de separación.

¹⁶⁷³ LANDO, 1987, p. 255, dice que en efecto la puesta a disposición es un acto unilateral del vendedor que no requiere el «*active handing over*» del comprador. Pero también señala que el poner las mercaderías a disposición del comprador puede implicar «*a duty to take the goods from the stock and turn them over to the buyer when he comes to get them*». Por su parte, HEUZÉ, 2000, p. 218, aunque reconoce que el vendedor solo tiene que poner a disposición, señala que su actitud no puede ser puramente pasiva. Pero poco concreta el autor, que dirige sus explicaciones a la necesidad de comunicar al comprador la puesta a disposición.

¹⁶⁷⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 176.

¹⁶⁷⁵ VIDAL OLIVARES / OVIEDO ALBÁN, 2016, p. 164-171. Señalan que el momento de la transmisión del riesgo coincide con la ejecución de la obligación de entrega (p. 164), aunque también apuntan que se trata del agotamiento de los actos de entrega que el contrato impone al vendedor (p. 165). Con exactitud, afirman que «la entrega de las mercaderías constituye un acto complejo en el que no sólo debe concurrir la actividad del vendedor tendiente a poner a disposición del comprador las mercaderías, requiriéndose además el cumplimiento de la obligación de recibirlas que pesa sobre el comprador» (art. 60 CVCIM) (p. 168). Remarcan los autores la estrecha relación entre los arts. 31, 34 y 67 a 69 CVCIM (p. 169).

una repetición innecesaria y una declaración sin contenido. Otra cosa es que el comprador pueda incumplir su obligación de recibir, y no permita cumplir al vendedor la obligación de entrega en el momento relevante, o que este pueda incumplir otras obligaciones (conformidad, entrega de documentos o transmisión de propiedad). Pero de momento no estoy barajando estos escenarios.

Se equivoca SCHLECHTRIEM cuando afirma que, tras la puesta a disposición, el vendedor es responsable conforme al art. 85 CVCIM¹⁶⁷⁶ por la conservación de las mercaderías¹⁶⁷⁷. En realidad, hasta que el comprador recibe las mercaderías, el vendedor no ha cumplido, cabe acudir a todos los remedios, según sus requisitos, y no hay como tal una obligación de conservación, que presupone el incumplimiento del comprador, sino que el estándar a aplicar es el estricto del art. 79 CVICM.

Tal y como he concluido al analizar el Derecho español codificado, solo es posible entender que la puesta a disposición es un acto preparatorio para la entrega. Como dice BRIDGE, «*delivery and taking delivery are two sides of the same coin. A seller cannot deliver if the buyer is not ready to take delivery*»¹⁶⁷⁸.

En este punto, se desvela la importancia de la comunicación entre las partes en el proceso del cumplimiento y la simultaneidad en el intercambio de las contraprestaciones para entender que ya *en la propia* CVCIM, poner a disposición, *sin más*, no es cumplir la obligación de entrega, sino que es hacer todo lo posible para cumplirla.

¹⁶⁷⁶ Art. 85 CVCIM: «Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado».

¹⁶⁷⁷ SCHLECHTRIEM, 1984, p. 6-11.

¹⁶⁷⁸ BRIDGE, 2008, p. 99.

Al tiempo en el cumplimiento de la obligación de entrega se refiere el art. 33 CVCIM¹⁶⁷⁹ que, en defecto de previsión contractual al respecto, señala en el apartado c) que el vendedor debe entregar dentro de un plazo razonable desde la celebración del contrato¹⁶⁸⁰. Por lo demás, *nada* dice el art. 31.b) y c) CVCIM sobre la puesta a disposición y la Convención se muestra silenciosa, a diferencia de los INCOTERMS, sobre la comunicación entre las partes en torno al cumplimiento. Ciñéndome al caso en que la entrega tiene lugar en un establecimiento del vendedor, hay consenso en entender que, para que el comprador pueda recoger las mercaderías, son precisas dos cosas:

La primera, que el vendedor comunique al comprador que las mercaderías se encuentran a su disposición para su retirada; comunicación que para unos¹⁶⁸¹ no está sujeta al art. 27 CVCIM¹⁶⁸². Para otros, sí que lo está, aunque la buena fe (art. 7.1 CVCIM) exige que, cuando al vendedor le conste que la previa comunicación no ha llegado al comprador, la repita. De haber ya una fecha fija acordada para la retirada, es de entender que no sería precisa tal

¹⁶⁷⁹ Art. 33 CVCIM: «El vendedor deberá entregar las mercaderías: a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato».

¹⁶⁸⁰ Como señala HONNOLD, 2009, p. 322, el precepto haga recaer sobre el vendedor la elección del momento de la entrega porque sus obligaciones son más complejas (producción, adquisición, empaquetado de las mercaderías, etc.) También AUDIT, 1990, p. 82. Los autores reflexionan en torno al apartado b) del art. 33 CVCIM, pero son razonamientos extrapolables al apartado c).

¹⁶⁸¹ NEUMAYER/MING, 1993, p. 379. También MOHS, 2010, p. 847; quien señala que esto es así porque la comunicación de la que ahora se trata no está expresamente establecida en la CVCIM y el mencionado precepto no establece una consecuencia razonable cuando de lo que se trata es de que el comprador proceda a cumplir.

¹⁶⁸² Art. 27 CVCIM: «Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación».

comunicación¹⁶⁸³. Me convence la primera posición, aunque creo que el juego del art. 27 CVCIM no es aquí problemático, porque el vendedor tiene mucho interés de asegurarse que el comprador conozca la puesta a disposición y se apresure a recibir las cosas para poder cumplir así su obligación de entrega. El vendedor tiene que invitar al comprador al cumplimiento¹⁶⁸⁴.

La segunda, la puesta a disposición requiere que el vendedor realice cuantos actos preparativos sean necesarios para que, sin posteriores actuaciones, el comprador, o la persona por él indicada, pueda llevarse consigo las mercaderías. De ahí que se requiera su correcto empaquetado e identificación con el contrato (cfr. art. 35.2.d) CVCIM)¹⁶⁸⁵.

Como ya he explicado, tales exigencias de comunicación se encuentran en la regla A10 (Notificaciones) de las cláusulas EWX y FCA de los INCOTERMS 2020, que son los que más se acercan a la compraventa en plaza. Del mismo modo, la regla A8 de las once cláusulas de los INCOTERMS 2020 *exigen* que el vendedor embale y marque de manera apropiada la mercadería para su transporte, es decir, que queden claramente identificadas con el contrato, salvo que

¹⁶⁸³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 265-266. A favor de la notificación, pero sin alusión al art. 27 CVCIM, LANDO, 1987, p. 255; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 210. A favor de aplicar el art. 27 CVCIM, MASKOW, 1987, p. 388; HEUZÉ, 2000, p. 219; WIDMER, 2010, p. 511. Aunque este último autor detecta otro enfoque en sede del art. 69.2 CVCIM en cuanto al riesgo.

¹⁶⁸⁴ Recuerda VON HOFFMANN, 1986, p. 270, ese argumento en aquellos ordenamientos que atribuyen el riesgo al comprador, como regla, en el momento de la conclusión del contrato porque ello supondría una invitación a la recepción por el comprador. Pero lo considera un planteamiento fallido que, por un lado, presupone que el vendedor está siempre en posición de entregar en el momento de la conclusión del contrato y, por otro, augura litigios entre las partes.

¹⁶⁸⁵ LANDO, 1987, p. 255; AUDIT, 1990, p. 82; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 264-266; HEUZÉ, 2000, p. 218; WIDMER, 2010, p. 511; MOHS, 2010, p. 845; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 210.

sea usual en un ámbito comercial concreto el transportar ese tipo de mercancía sin embalar¹⁶⁸⁶.

La puesta a disposición se muestra tal y como ya la conocemos: un acto preparatorio *para* cumplir; un llamamiento *para* cumplir.

En sede de la obligación de recepción del comprador (art. 60 CVCIM), ninguna mención se hace al momento en que debe proceder a recibir la mercadería¹⁶⁸⁷. Como la iniciativa para la entrega incumbe en primer lugar al vendedor¹⁶⁸⁸, del lugar y momento de la puesta a disposición (arts. 31 y 33 CVCIM), se sigue el lugar o momento de la recepción por el comprador; aunque no haya una plena coincidencia¹⁶⁸⁹. Como estamos tratando compraventas de ejecución en plaza, el lugar de cumplimiento de ambas obligaciones evidentemente es el mismo. Otra cosa es la coincidencia temporal. El comprador debe disponer de cierto lapso de tiempo para recibir, se suele decir¹⁶⁹⁰: para unos, un plazo razonable tras la comunicación de que las mercaderías están puestas a su disposición¹⁶⁹¹; para otros, un plazo razonablemente corto¹⁶⁹². Pero como decía, la Convención no da una respuesta directa al respecto; acaso sí indirecta cuando, en sede de transmisión del riesgo, el art. 69.1 CVCIM alude al hecho de que el

¹⁶⁸⁶ Regla A8 (Comprobación/embalaje/marcado) términos EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU, DDP, FAS, FOB, CFR, CIF: «El vendedor deberá pagar los costos de aquellas operaciones de verificación (tales como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos), que sean necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A2./ El vendedor debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos que sea usual para ese comercio en particular el transportar sin embalar el tipo de mercancía vendida. El vendedor debe embalar y marcar la mercancía de manera apropiada para su transporte, a menos que las partes hayan acordado requisitos específicos de embalaje o marcado».

¹⁶⁸⁷ LANDO, 1987, p. 262; NEUMAYER/MING, 1993, p. 388.

¹⁶⁸⁸ Por supuesto, salvo acuerdos que determinen que es el comprador el que toma la iniciativa sobre el lugar y momento de la entrega. Ya se ha visto esto en sede de los INCOTERMS 2020.

¹⁶⁸⁹ MASKOW, 1987, p. 387; AUDIT, 1990, p. 137; quien entiende que la puesta a disposición sí constituye la obligación de entregar.

¹⁶⁹⁰ *Idem*.

¹⁶⁹¹ LANDO, 1987, p. 262; MASKOW, 1987, p. 388; NEUMAYER/MING, 1993, p. 388. Período de tiempo «apropiado», dicen BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 426.

¹⁶⁹² MOHS, 2010, p. 862.

comprador se haga cargo de las mercaderías «a su debido tiempo, desde el momento en que [se ponen] a su disposición»¹⁶⁹³. En efecto, no se puede pretender que haya recepción *justo en el mismo instante* en que las mercaderías se ponen a disposición; las mercaderías se preparan *para* esperar al comprador.

En realidad, en el texto convencional sucede lo mismo que en los códigos decimonónicos. La Convención se ha preocupado principalmente por el cumplimiento de la obligación de entrega y el pago del precio y, a través de esta segunda, atiende indirectamente a la obligación de recepción. En efecto, en virtud de la clásica regla del cumplimiento simultáneo de esas dos obligaciones que tradicionalmente se han erigido como las *principales* del contrato y cuyo intercambio sincrónico encontraría su fundamento en el principio del sinalagma funcional y su reciprocidad¹⁶⁹⁴, es evidente que el comprador que paga cuando el vendedor le entrega está a su vez cumpliendo la obligación de recepción en el sentido del art. 60.b) CVCIM.

Por supuesto, en la actualidad, tal carácter principal de las obligaciones de entrega y del pago del precio y su reciprocidad e interdependencia no se puede afirmar sin mayor precisión. El comprador se compromete a pagar el precio no solo por la entrega, sino por *todo lo prometido* en el contrato; la contraprestación del pago del precio no es solo la entrega, sino también la conformidad, la transmisión de la propiedad, la entrega de documentos y otras posibles obligaciones. Lo que sucede es que el cumplimiento de estas obligaciones tiene tal trascendencia jurídica y económica en el proceso de ejecución y eventual desvinculación contractual que su protagonismo en la regulación del contrato de compraventa y la regla de su coetáneo intercambio se sigue tratando de un planteamiento razonable.

¹⁶⁹³ Cursiva añadida.

¹⁶⁹⁴ Díez-PICAZO, 2010, p. 152, con relación al art. 1500 Cc.

Siguiendo con la cuestión, la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones de entrega y pago del precio se encuentra recogida en el art 58.1 CVCIM¹⁶⁹⁵: «El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo *cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías* o los correspondientes documentos representativos¹⁶⁹⁶ conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la *entrega* de las mercaderías o los documentos»¹⁶⁹⁷.

El art. 58.1 CVCIM está pensado para los supuestos del art. 31 b y c) CVCIM. Es el art. 58.2 CVCIM, al que me refiero más adelante¹⁶⁹⁸, el que, adaptándose a la regla de la simultaneidad del primer párrafo del precepto, se dedica a la compraventa que implica transporte¹⁶⁹⁹. A lo que ahora interesa, el precepto no hace equivaler puesta a disposición y entrega, aunque se ha afirmado que *precisamente* por ello utiliza ambos términos¹⁷⁰⁰. Las versiones inglesa y francesa del precepto demuestran que esto no es así porque si en el comienzo del art. 31 CVCIM aluden a la «*obligation to deliver*» y a la «*obligation de livraison*», en el art. 58.1 *in fine* CVCIM no hablan de *delivery* o *livraison*, sino de «*handing over*» y «*remise*»; expresiones que evidencian lo evidente: el comprador no intercambia el precio por la puesta a disposición, sino por la entrega.

¹⁶⁹⁵ HONNOLD, 2009, p. 478; MASKOW, 1987, p. 421; AUDIT, 1990, p. 144; NEUMAYER/MING, 1993, p. 378 CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), pp. 481-482, con profusión sobre el sinalagma, reciprocidad e interdependencia que une a ambas obligaciones; HEUZÉ, 2000, p. 319; MOHS, 2010, p. 830; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 415.

¹⁶⁹⁶ De momento, dejo de lado la cuestión de los documentos.

¹⁶⁹⁷ Cursiva añadida.

¹⁶⁹⁸ Capítulo 4, II, 2, B, v).

¹⁶⁹⁹ HONNOLD, 2009, p. 479; MASKOW, 1987, p. 422; AUDIT, 1990, p. 144. Creo CABANILLAS SÁNCHEZ 1997 (2006), p. 481 que se equivoca o incurre en un *lapsus calami* cuando afirma con relación al 58.1 CVCIM lo que sigue: «este precepto armoniza perfectamente con la normativa de la Convención sobre la obligación del vendedor de entrega de las mercaderías, que consiste en poner las mercaderías a disposición del primer porteador, cuando el contrato implica el transporte de las mismas, a disposición del comprador».

¹⁷⁰⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ 1997 (2006), p. 481: «Para la Convención la puesta a disposición de las mercaderías sobre los correspondientes documentos representativos implica el cumplimiento de la obligación de entrega. Con otras palabras, dicha puesta a disposición determina la entrega. Por ello el artículo 58.1 utiliza en su inciso final el término entrega».

Lo mismo sucede en el art. 57.1 CVCIM: «El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor: *a)* en el establecimiento del vendedor; o *b)* si el pago debe hacerse *contra entrega* de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la *entrega*»¹⁷⁰¹. De nuevo, las versiones inglesa y francesa no utilizan los términos *delivery* y *livraison*, sino «*handing over*» y «*remise*».

No es posible confundir puesta a disposición y entrega, ni aceptar – como dicen algunos, según vimos– que el vendedor puede cumplir unilateralmente, ni escapar a la idea de que la puesta a disposición es un acto preparatorio para la entrega¹⁷⁰². En lo que concierne a la obligación de entrega, *el resultado prometido por el vendedor* es la recepción de la mercancía por el comprador: su aprehensión. Ya lo dice el art. 1462 Cc y no hay problema en seguir manteniéndolo así en la modalidad de compraventa que estoy analizando ahora: la compraventa de ejecución en plaza. Y hasta ese momento, la posibilidad de acudir a los remedios está abierta en favor del comprador; no hay liberación del vendedor con la puesta a disposición como, en cambio, afirma OLIVENCIA RUIZ¹⁷⁰³. El problema de la ULIS fue pretender convertir este concepto de entrega como el paradigmático para toda la regulación del contrato y las diversas modalidades de compraventas; cosa imposible. Ese fue su fallo. Y como reacción, se recurre a la puesta a disposición en el art. 31 CVCIM como supuesto cumplimiento de la obligación de entrega; obligación de entrega que *no se configura* –se dice erróneamente, a mi entender– *como prestación de resultado* sino como simple *actividad prestacional* a cargo del vendedor: la realización de todas las

¹⁷⁰¹ Cursiva añadida.

¹⁷⁰² Dicen NEUMAYER/MING, 1993, p. 378: «La “mise à disposition” des biens, à ne pas confondre avec la livraison, dépend du type de vente concernée: cela signifie que les marchandises son prêtes au bon moment et à l’endroit prévu pour faire naître le devoir de paiement».

¹⁷⁰³ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 82.

actividades requeridas por el contrato *para* procurar al comprador la posesión efectiva¹⁷⁰⁴.

El art. 58.1 CVCIM no está diciendo, como en cambio cree HONNOLD, que el comprador no está obligado a pagar el precio hasta que el vendedor ponga las mercaderías a su disposición y que el vendedor no está obligado a *handing over* las mercaderías hasta que el comprador pague el precio¹⁷⁰⁵. Más ajustada es la lectura de HEUZÉ cuando dice que el precepto permite al vendedor conservar el control de las mercaderías hasta el momento del pago del precio y permite al comprador no pagarlo mientras que estas «*ne lui sont pas effectivement et personnellement remis*»¹⁷⁰⁶.

El art. 58.1 CVCIM es denso en exceso. Pero si de lo que se trata ahora es de analizar tal densidad y el problemático concepto de la puesta a disposición, diré que, en lugar de decir que el comprador ha de pagar el precio «*cuando el vendedor ponga a su disposición*» las mercaderías, mejor se habría expresado si hubiese dicho que el comprador ha de pagar el precio «*una vez que el vendedor haya puesto a su disposición*» las mercaderías¹⁷⁰⁷.

Porque en sede del art. 58 CVCIM, se repiten las mismas reflexiones que la doctrina realiza respecto de los arts. 31 y 60 CVCIM: si no se ha fijado una fecha para la entrega, y, en consecuencia, el comprador no sabe cuándo tendrá las mercaderías a su disposición, el vendedor tiene que proceder a su puesta a disposición –de la forma ya explicada– e informar al comprador –comunicación no sujeta a lo dispuesto en el art. 27 CVCIM– de dicha puesta a disposición; comprador que gozará de un plazo razonable para unos, corto para otros, para desplazarse al establecimiento del vendedor, pagar el

¹⁷⁰⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 257.

¹⁷⁰⁵ HONNOLD, 2009, p. 478.

¹⁷⁰⁶ HEUZÉ, 2000, p. 319.

¹⁷⁰⁷ Ya se intuye, recordemos, en el art. 69.1 CVCIM: el comprador se hace cargo de las mercaderías «*a su debido tiempo, desde el momento en que [se ponen] a su disposición*». Cursiva añadida.

precio y hacerse cargo de las mercaderías¹⁷⁰⁸. No es posible una puesta a disposición inesperada¹⁷⁰⁹.

En fin, el tiempo y lugar en el cumplimiento de las distintas obligaciones del vendedor y comprador se reconducen a través del tiempo y lugar del cumplimiento de la obligación de entrega en atención al criterio del cumplimiento simultáneo. En la compraventa de ejecución en plaza, lo relativo al lugar de cumplimiento no presenta complejidad. Pero la parquedad con la que trata la cuestión del tiempo en el cumplimiento, y la ausencia de toda mención a una comunicación entre las partes para que fomenten el mutuo cumplimiento, hace preciso saltar de este a otro precepto para elaborar esas propuestas de la razonabilidad temporal y notificación de la puesta a disposición como de la razonabilidad o brevedad temporal del pago del precio y la recepción. Creo que es un aspecto que, desde una perspectiva que atienda a una eventual reforma del Código civil español, debe tenerse en cuenta. Y también debe tenerse en cuenta que la simultaneidad entre entrega y pago, a la que obviamente seguiría la recepción, no siempre tiene lugar; cuestión que ha jugado una mala pasada en lo que concierne a la regulación de la *supuesta* transmisión del riesgo en la PCM, como en seguida veremos.

Tal vez no sea recomendable ir más allá de apelar a la razonabilidad en el tiempo del cumplimiento de las distintas obligaciones, aunque, como hemos visto, este no es el proceder del Código de comercio español que ata cortos los tiempos estableciendo un plazo de veinticuatro horas para la puesta a disposición y de diez días para el

¹⁷⁰⁸ NEUMAYER/MING, 1993, p. 379, con alusión al plazo razonable. BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 416, con alusión al plazo breve. Por lo tanto, creo que es poco exacto AUDIT, 1990, p. 144, cuando dice que el pago tiene lugar *en el momento* de la puesta a disposición. WIDMER, 2010, pp. 550-551, en atención a los arts. 31, 58, y 60 CVCIM y, entendiendo que la puesta a disposición es cumplir la obligación de entrega, señala que del art. 58 CVCIM se deriva que el vendedor *cumple primero* y que el comprador tiene un plazo razonable para recibir.

¹⁷⁰⁹ MASKOW, 1987, p. 422; quien apunta en sede del art. 58 CVCIM que, en todo caso, el comprador debe contar con un tiempo razonable para el pago desde la puesta a disposición.

pago y la entrega¹⁷¹⁰; planteamiento que, también adoptado por la PCM aunque variando los tiempos, decaerá cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan.

Debido esa eventual dificultad en el cálculo del tiempo que tiene el comprador para recoger las mercaderías, en orden a determinar si hay o no un incumplimiento de esta obligación por su parte y las consecuencias que de ahí se siguen en virtud del art. 69.1 CVCIM, esta última disposición ha sido criticada¹⁷¹¹. Precisamente por ello, será bueno que una eventual reforma de nuestro Código civil fomente que las partes concreten lo máximo posible los tiempos del cumplimiento. Sea como fuere, mi crítica al art. 69.1 CVCIM no es su falta de precisión, sino que creo que es totalmente prescindible. Si, como estoy diciendo, no hace falta una norma de transmisión del riesgo en un escenario de correcta ejecución y cumplimiento del contrato, tampoco es precisa para el caso de incumplimiento. Lo explicaré más adelante pero, si llegado el momento relevante para la entrega el comprador no recoge la cosa, no hay transmisión del riesgo al comprador; lo que hay es incumplimiento por parte de este y la apertura del sistema de remedios. Y es en esta sede donde se debe ventilar la cuestión de eventuales pérdidas y deterioros¹⁷¹².

Antes de ello, dedicaré el siguiente párrafo a referirme con brevedad al papel, a mi entender –con todos los respetos– mal enfocado, que sigue recibiendo la puesta a disposición en el ámbito del ordenamiento jurídico español. Concretamente, me referiré a la PMCC, la PCM y el CCCat.

¹⁷¹⁰ *Vid.* Capítulo 1, III, 2. Recuérdesse brevemente que, para la puesta a disposición, el art. 337 Ccom establece lo que sigue: «Si no se hubiere estipulado el plazo para la entrega de las mercaderías vendidas, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato». Para el pago del precio, hay que estar al art. 62 Ccom: «Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas [...]».

¹⁷¹¹ BRIDGE, 2008, pp. 99-100.

¹⁷¹² *Vid.* Capítulo 5, III.

C) Puesta a disposición en la PMCC, el PCM y el CCCat

Quizás soy demasiado reiterativo en esta cuestión, pero en la medida en que se presta a confusión, creo que está justificada mi insistencia. Tal y como he concluido tras el análisis del Derecho español codificado, y las normas de la CVCIM me lo siguen confirmando, poner a disposición no es cumplir la obligación de entrega, sino hacer todo lo posible para cumplirla; *todo lo que incumbe* al vendedor en la entrega, como dice el proyectado art. 1452 PMCC.

Esa idea de «hacer todo lo que incumbe para» es *protagonista* en el actual sistema codificado de la compraventa, pues articula el *especialísimo* mecanismo de la transmisión del riesgo: puesta la cosa o la mercadería a disposición del comprador, una vez llamado al cumplimiento, el vendedor no puede hacer más que esperar a que aquel la recoja y pague el precio. Y a partir de ese momento, durante ese tiempo razonable de espera en el que no se aprecia ningún tipo de retraso por parte del comprador sino que se entiende que está yendo a cumplir, el sistema decide dispensar un trato favorable al vendedor que se ha encaminado a cumplir, en la medida en que sea diligente.

El vendedor tiene que entregar la cosa, *ex* art. 1461 Cc, en el estado en que se encuentra en el momento de la perfección, *rectius* puesta a disposición, en virtud del art. 1468 Cc. Pero si llegado el momento para cumplir la obligación de entrega el comprador se presenta y la cosa se ha perdido o deteriorado fortuitamente, el vendedor incumple porque no puede entregarla (pérdida) o entregarla en el estado en que debía hacerlo (deterioro). No obstante, entra en juego la disciplina de la transmisión del riesgo para dispensarle de responsabilidad en sentido lato por tal incumplimiento e impedir al comprador acudir a *algún* remedio ante tal incumplimiento¹⁷¹³. De ahí que se diga que el comprador tiene en todo caso que pagar el precio y tenga sentido hablar de transmisión del riesgo: porque hay un incumplimiento del que el vendedor no responde.

¹⁷¹³ *Vid.* Capítulo 5, II, 1.

Se trata de un planteamiento, como ya expliqué¹⁷¹⁴, que está vinculado no solo con la importancia que la culpabilidad ha tenido como ingrediente estructural de la propia noción del incumplimiento. En efecto, recuérdese que, junto a esas normas codificadas sobre el incumplimiento con una impronta subjetivista, tradicionalmente también se baraja la existencia de la rígida y automática *teoría del riesgo* cuya aplicación al contrato de compraventa, al menos en caso de pérdida fortuita de la prestación antes de la entrega, conduciría a liberar al comprador del pago del precio. Pero la particular y especialísima doctrina de la *transmisión del riesgo* en la compraventa vetaría también dicho planteamiento. En el sistema tradicional, no se trata solo de proteger al vendedor diligente, y que además lo demuestre (art. 1183 Cc)¹⁷¹⁵, sino de proteger al vendedor *que ha desplegado conducta prestacional*; que, a través de la puesta a disposición, ha realizado *por su parte* toda una serie de deberes y toda la actividad necesaria para alcanzar el resultado previsto: la entrega de la cosa en el estado en que se hallaba en tal momento¹⁷¹⁶. Y así, ante el vendedor que *ha hecho todo lo que le incumbe para* cumplir y consigue probar su diligencia, en caso de pérdida o deterioro fortuitos, el sistema decide favorecerlo, a través de la disciplina de la transmisión del riesgo, frente al comprador que ve insatisfecho su crédito al no obtener *el resultado previsto en el contrato*, la entrega de la cosa en el estado cualitativo debido, y ha de pagar el precio pues se le niega cualquier posible remedio.

Como ya he explicado, en el sistema codificado que vincula el incumplimiento con la idea del deber de conducta y le otorga un cariz subjetivista, yo he interpretado esta disciplina como un llamamiento al comprador al cumplimiento, la cooperación y el intercambio de las contraprestaciones. Y, además, se trata de una especie de última *ratio*

¹⁷¹⁴ Vid. Capítulo 1, IV.

¹⁷¹⁵ El estándar del art. 1105 Cc ha sido objetivado y reinterpretado a la luz del art. 79 CVCIM, por lo que muy difícilmente podrá probar el vendedor el impedimento ajeno a su esfera de control. Vid. Capítulo 5, II, 2, C).

¹⁷¹⁶ Recuérdese lo explicado con relación a la concepción de la vinculación contractual como relación que genera deberes de conducta. Introducción, II.

cuando las partes no han precisado con exactitud el momento en que han de proceder a cumplir¹⁷¹⁷.

Sea como fuere, en la medida en que, siguiendo la estela de la CVCIM, el incumplimiento no solo se concibe ahora como un concepto unitario y objetivo que abarca toda falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato sea o no imputable al deudor y para cuya tutela se establece un sistema articulado de remedios¹⁷¹⁸, sino que la propia noción de incumplimiento ha trascendido a la falta de ejecución de dichos deberes para incluir en su seno la falta de consecución de ciertos resultados garantizados en el contrato¹⁷¹⁹, se me antoja inadecuado el protagonismo que adquiere el concepto de la puesta a disposición y la expresión «hacer todo cuanto incumbe al vendedor» en el art. 1452 PMCC.

Por supuesto, esa idea del incumplimiento como expresión de la falta de consecución del resultado garantizado en el contrato aporta su mayor novedad en sede de conformidad; concepto que, en protección del objeto ideal diseñado en el contrato, permite abarcar en su seno y atraer al régimen unitario del incumplimiento toda una serie de irregularidades que antes recibían respuestas diferenciadas¹⁷²⁰. En efecto, la entrega es un resultado tradicionalmente reconocido en el contrato de compraventa por mucho que la puesta en marcha de disciplina de la transmisión del riesgo venía a romper la garantía de dicho resultado.

No obstante, los actuales y diversos modos de intercambio de bienes muestran que determinar lo que es entregar es *algo* muy difícil. El recurso por los contratantes a alguna de once reglas de los INCOTERMS 2020, señalaba anteriormente, supone que el contrato viene a conocer los diversos estadios por los que pasa la mercancía,

¹⁷¹⁷ Vid. Capítulo 1, IV.

¹⁷¹⁸ Apartado XI de la Exposición de Motivos PMCC.

¹⁷¹⁹ Introducción, II.

¹⁷²⁰ Introducción, II.

desde su origen, pasando por su transporte y lugares intermedios, hasta el final o eventual destino. Y, en lo que concierne a la obligación de entrega, lo importante es determinar a qué se compromete el vendedor en todo ese largo proceso; qué es el resultado que garantiza por mucho que el comprador aspire a algo más y por mucho que el vendedor conozca y el contrato contemple ese algo más. De hecho, hemos visto las dificultades que rodean al concepto de la puesta a disposición del art. 31.c) CVCIM que algunos consideran como el «comportamiento o conducta del deudor» que configura el contenido de la prestación del vendedor¹⁷²¹. Y esto, según hemos visto, no es cierto.

Teniendo en mente esa idea del resultado garantizado en lo que respecta a la entrega, reproduzco a continuación los dos primeros apartados del del art. 1452 PMCC, que son los que aquí interesan, y podremos observar dos cosas: por un lado, se dice que en el apartado primero la regla continúa siendo *periculum est emptoris* mientras que, por otro lado, se afirma que el apartado segundo excepciona tal regla. A mi entender, se trata de un planteamiento equivocado, eso sí, favorecido por la letra del precepto.

Art. 1452.1 y 2 PMCC: «El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa./ Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla».

El precepto reproduce la letra del proyectado art. 1452 PAMCC y, con relación al apartado primero de este último, explica Díez-PICAZO que la regla sigue siendo *periculum est emptoris* aunque no hay una atribución de riesgos al comprador desde el momento de la *perfección* de la compraventa (el autor quiere aludir a la conclusión del contrato)

¹⁷²¹ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 82.

sino, como dice el precepto «desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega». Por ello, dice el autor: «Habrá que aclarar que la entrega no tiene que haber quedado consumada, porque en este caso el comprador habría adquirido la propiedad de la cosa y soportaría el riesgo (*periculum rei*) como propietario, pero no la perpetuación de su obligación de pago del precio [sic]. Por consiguiente, se trata de *actos previos* al momento en que se consume la *traditio* y con ella el traspaso del dominio. Los actos que incumben al vendedor, en la hipótesis contemplada, son *actos preparatorios* o actos en que, de acuerdo con las estipulaciones le compete realizar respecto del objeto de la compraventa. Los llamados *Incoterms*, proporcionan supuestos muy claros de ello, como puede ser colocar la mercancía franca a bordo de un determinado buque o al costado del mismo o pagar el flete y el seguro»¹⁷²².

En efecto, el párrafo primero parece encaminado principalmente aquellos casos en que se contempla el transporte de la cosa. En el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la PMCC puede leerse: «El momento de traslación del riesgo al comprador se sitúa, pues, en el *de la entrega* de la cosa vendida; pero la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión, poniéndola en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor *haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato*»¹⁷²³.

Detecto aquí una tensión entre dos ideas: por un lado, que el riesgo se transmite con –léase que el vendedor responde hasta– la entrega. Por otro, que el riesgo se transmite cuando –léase que el vendedor responde hasta que– el vendedor realiza todo lo que le incumbe en el cumplimiento de la obligación de entrega, según la modalidad

¹⁷²² Díez-PICAZO, 2010, pp. 118. La cursiva es añadida.

¹⁷²³ Cursiva añadida. Lo mismo dispone el apartado 3 de la Exposición de Motivos PAMCC.

prevista¹⁷²⁴. Porque, como repito insistentemente, una cosa es cumplir y otra hacer todo lo que a uno incumbe para ello; una cosa es alcanzar el resultado garantizado y otra hacer lo posible para que tal resultado se alcance.

Por eso Díez-PICAZO ve en el proyectado art. 1452.1 PMCC *actividades preparatorias* para la entrega y la supervivencia de la regla *periculum est emptoris* desde tal momento, pero no desde la perfección/conclusión del contrato. Pero como he explicado, precisamente son estas actividades preparatorias, el despliegue y realización de tales deberes, sobre las que el sistema actual codificado articula la transmisión del riesgo en los arts. 1452 CC y 333 Ccom; no desde la conclusión del contrato. No se trata de que el art. 1452.1 PMCC venga a atenuar la regla romana¹⁷²⁵. Cita Díez-PICAZO los INCOTERMS. Pero estos, como he indicado y se verá con claridad cuando estudie la compraventa que implica transporte, no están describiendo actos preparatorios para la entrega, sino precisamente *lo que es entregar* en cada caso concreto; lo que garantiza el vendedor. Y si, como indica la Exposición de motivos PMCC, en el proyectado art. 1452.1 encajarían las compraventas con remisión, tal remisión cabe concebirla sencilla y directamente como cumplimiento de la obligación de entrega: el resultado que garantiza el vendedor respecto de esta obligación.

Y da igual, como trae a colación Díez-PICAZO, si en ese momento tiene lugar o no la transmisión de la propiedad y también daría igual si la cosa entregada es o no conforme. Como ya he dicho, por necesidad tenemos que trocear el contrato y si se ha cumplido la obligación de

¹⁷²⁴ En GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, p. 440, ya no preguntábamos si se trataban o no de expresiones equivalentes.

¹⁷²⁵ No obstante, este es el parecer del LLAMAS POMBO, 2014, p. 325: el art. 1452.1 PMCC «supone, en definitiva, la perpetuación de la regla *periculum est emptoris*, si bien notablemente atenuada, en la medida en que la atribución del riesgo al comprador no se produce exactamente desde la celebración del contrato de compraventa, sino que queda supeditada a que el vendedor haya agotado los deberes que le incumben en aras a la entrega de la cosa».

entrega, quizás se han incumplido otras obligaciones y procede, sin más, abrir el sistema articulado de remedios y ver las consecuencias. Ya lo advierte el propio art. 1452.3 PMCC¹⁷²⁶. Como decía, no se trata de que el precepto atenúe la regla de la transmisión del riesgo. Sencillamente, la está eliminando porque, como ya sabemos, si el comprador puede acudir a los remedios por el incumplimiento de la obligación de entrega hasta que se cumpla, no tiene sentido hablar de transmisión del riesgo.

Pero la letra del precepto proyectado es compleja y se ha visto atada a esa idea de «hacer todo lo que incumbe al vendedor para cumplir». De ahí la necesidad de introducir el art. 1452.2 PMCC. En la letra de este apartado observo un circunloquio que viene a decir lo que ya sabemos: que el vendedor no cumple con la mera puesta a disposición, que esto no es lo que garantiza, sino que se trata de un mero acto preparatorio para entregar, y que se compromete a que el comprador reciba la cosa¹⁷²⁷.

En el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la PMCC se puede leer lo que sigue: «Sin embargo, en caso de *entrega mediante puesta a disposición*, parece conveniente adoptar una regla especial: no exigir sólo la efectiva puesta a disposición del comprador (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), *lo que ya supondría que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega*, sino, además, que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción»¹⁷²⁸. Y dado que el precepto se inspira, como dice el mismo apartado de la Exposición de Motivos, en la CVCIM, se apela de nuevo a que el vendedor se halla en mejores condiciones para conservar la cosa, se

¹⁷²⁶ Art. 1452.3 PMCC: «El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros».

¹⁷²⁷ En la PAPDC ninguna mención se hace a la puesta a disposición y directamente se dice en su art. 535-2.1 (Momento de transmisión del riesgo): «El riesgo no se transmite al comprador hasta la entrega del bien, salvo lo dispuesto en los siguientes apartados».

¹⁷²⁸ Cursiva añadida. Lo mismo dispone el apartado 3 de la Exposición de Motivos PAMCC.

estimula su cuidado y se evita la discusión sobre si el vendedor es o no el culpable de la pérdida o deterioro.

Ahora sí dice Díez-PICAZO que estamos ante «una regla especial que excepciona el sistema *periculum est emptori*. No se transfiere el riesgo al comprador desde que la cosa ha sido puesta a disposición, sino cuando la recibe o se produce la *mora accipientis* o morosidad en recibir»¹⁷²⁹. Pero en realidad, como estoy explicado, no hay una excepción a nada, ni hay transmisión del riesgo. Si el vendedor no cumple la entrega, hay incumplimiento y proceden los remedios. Si el vendedor cumple la entrega, no hay transmisión del riesgo de la que hablar, porque esta disciplina entraba en juego antes del momento del cumplimiento; decir que se transmite el riesgo al comprador en el momento del cumplimiento no aporta nada. La propia PMCC nos está diciendo que poner a disposición no es cumplir la obligación de entrega y que se precisa la recepción por parte del comprador. Y si el vendedor no puede entregar en el momento relevante porque incumple el comprador, tampoco hay transmisión del riesgo; sencillamente, hay incumplimiento y procede analizar qué remedios y qué actuaciones se esperan de ambas partes. Pero el escenario del incumplimiento lo analizo más adelante.

Incluso en el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la PMCC se puede observar lo que yo estimo cierto cuestionamiento a la oportunidad o necesidad de la previsión contenida en el art. 1452.2 PMCC: «Y ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que seguramente se llegaría a parecidos resultados, aunque no se atribuyera en este caso el riesgo al vendedor, si se le imputa responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa proveniente de causas que se hallen en su esfera de control». Esa esfera de control delimita el ámbito de riesgo asumido por el vendedor de forma que la pérdida y deterioro fortuitos antes de la entrega vendrían a ser expresión de la insatisfacción del interés del comprador (incumplimiento) que habilita la puesta en marcha del sistema de remedios.

¹⁷²⁹ Díez-PICAZO, 2010, p. 118

Todo el precepto proyectado en la PMCC renuncia al bagaje de la regla *periculum est emptoris*¹⁷³⁰, aunque su difícil redacción, en torno al concepto de «hacer todo lo que incumbe», pueda dar a entender otra cosa. Por eso estimo que esta norma sobre una supuesta transmisión del riesgo al comprador es prescindible. En línea con lo que defiende en este estudio, parte de su contenido sería reubicable con una clara descripción de la obligación de entrega en sede de cumplimiento, de la misma forma que esa referencia a la falta de recibimiento del comprador es innecesaria. Porque para eso ya están las previsiones del incumplimiento.

Con relación al papel que juega el concepto de la puesta a disposición en la PCM, la regla de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones de entrega y pago del precio ha jugado una mala pasada al legislador mercantil. El art. 511-3.a) PCM, relativo al lugar de la

¹⁷³⁰ En opinión de ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10248-10249, la PMCC, «lo que hace, aún sin decirlo expresamente, es cambiar la asignación del riesgo y atribuirlo al vendedor hasta la entrega o, al menos, si la entrega no se ha producido todavía, al momento en el que el que ésta tenga lugar sólo dependa de la voluntad del comprador. Se trata de un cambio de criterio en toda regla». Con relación al párrafo primero del proyectado 1452 PMCC, y sin hacer mención al apartado segundo, dice RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 80, que «se terminaría con ello con los últimos vestigios de la regla *periculum est emptoris* en el Código civil y se consolidaría un “paradigma sinalagmático”, ya sin excepciones, para la solución de todos los problemas de los riesgos en los contratos bilaterales». Por su parte, señala DEL POZO CARRASCOSA, 2015, p. 443, que el art. 1452 PMCC, «aunque formalmente parece seguir el principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris*, lo matiza y minimiza de tal manera que podemos afirmar que, en realidad, el riesgo de la compraventa pasa a recaer fundamentalmente en el vendedor». Y añade el autor respecto al apartado segundo que su redacción «clarifica y da seguridad a situaciones en las que la aplicación de la regla *periculum est emptoris* repugna a la mentalidad jurídica actual y que hoy en día sólo pueden salvarse mediante la interpretación correctora de la ley». Con una visión completamente distinta y que no puedo compartir, FUENTESECA DEGENEFTE, 2010, pp. 242-260, opina –dicho de forma muy resumida– que el apartado primero del precepto proyectado viene a regular la mora del comprador pero que, incluso antes de incurrir en mora, el riesgo ya es del comprador si permanece el art. 1182 Cc. No me queda claro si se refiere al riesgo de la prestación o de la contraprestación. El párrafo segundo, según entiende, *parece* encaminado a aplicarse a las compraventas con consumidores y *parece* limitarse al caso en el que exista un pacto sobre la puesta a disposición. Concluye la autora que no parece que la redacción proyectada del art. 1452 PMCC supere el principio [*rectius* regla] *periculum est emptoris* o haga variar lo que ahora tenemos. En definitiva, apunta que el precepto no consagraría la regla *periculum est venditoris*.

entrega, dice que obligación de entrega se *efectuará* «poniendo el bien a disposición del comprador en el establecimiento del comprador»¹⁷³¹ y se concede al vendedor dos días laborables desde la celebración del contrato para entregar el bien, *ex* art. 511-4 PCM. Como vemos, al igual que hace el actual Código de comercio de 1885, el PCM busca celeridad en el cumplimiento del contrato y no dejar al juego de la razonabilidad la determinación del tiempo del cumplimiento. Por supuesto, otra cosa es que el caso concreto requiera un mayor plazo y esa referencia a los dos días desde la celebración del contrato quede en nada.

En sede de transmisión del riesgo, señala el art. 511-15.1 PCM: «Salvo que la pérdida o el deterioro de los bienes vendidos se deba a culpa del vendedor, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que, claramente identificados, se pongan a su disposición en el lugar y tiempo convenidos en el contrato». Ninguna mención se hace, al contrario que la CVCIM, que inspira a este Proyecto, a la necesidad de que el comprador reciba la cosa.

Lo cierto es que la PCM no pretende decir que poner a disposición es cumplir la entrega y que desde tal momento el comprador pecha con el riesgo. Lo que sucede es que, en atención a la regla del intercambio simultáneo de cosa y precio, en sede de las obligaciones del comprador, el art. 511-14 PCM señala que «el precio se pagará en el lugar y en el momento en que el vendedor ponga a disposición el bien [...]»¹⁷³². Y si el vendedor tiene en su establecimiento la cosa a disposición del comprador en el segundo día que sigue a la celebración del contrato y el comprador tiene que pagar en ese mismo momento y lugar el precio, es evidente que cumplirá su obligación de

¹⁷³¹ Art. 511-3 PCM: «Salvo que el vendedor esté obligado en virtud del contrato a entregar el bien en un lugar determinado, la entrega se efectuará: a) Poniendo el bien a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor».

¹⁷³² Art. 511-14 PCM: «El precio se pagará en el lugar y en el momento en que el vendedor ponga a disposición el bien o los documentos representativos de aquel, salvo que el comprador esté obligado en virtud del contrato a pagar el precio en un lugar determinado o en un momento distinto».

recepción en tal momento y se producirá la entrega. Y así, una vez más, tenemos normas de transmisión del riesgo que no son normas de transmisión del riesgo.

No obstante, ya de mantener esas supuestas normas de transmisión del riesgo, parece que al redactor de la PCM se le ha escapado la posibilidad de que el pago del precio tenga lugar en un lugar y/o momento distinto a los previstos para la entrega, bien porque lo hayan decidido las partes, bien porque una determinada ley así lo disponga¹⁷³³. Y dado que ninguna de sus disposiciones determina cuándo debe proceder el comprador a recibir el bien en el establecimiento del vendedor, en la literalidad de la norma, parecería que el comprador pecha con el riesgo *sin más* desde la puesta a disposición de la cosa. No creo que este sea el resultado verdaderamente buscado por la PCM¹⁷³⁴ que, en los apartados VI-25 y VI-40 de su Exposición de Motivos, apela respectivamente a la CVCIM como modelo de regulación del contrato de compraventa en general y de la disciplina del riesgo en particular¹⁷³⁵. Entiendo que una interpretación teleológica de la norma conduce a entender que el comprador, que quizás debe pagar en otro momento y lugar, debe recibir el bien en el segundo día que sigue a la celebración del contrato para que así pueda tener lugar la entrega. Sea como fuere, este

¹⁷³³ Por ejemplo, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y cuya regulación, que no voy a analizar, prevé plazos de pago posteriores al momento en que el acreedor ha recibido las mercaderías adquiridas.

¹⁷³⁴ Aunque así lo señalamos en GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, p. 442, atendiendo a la literalidad de la norma, con ánimo de remarcar la contrariedad existente entre las dos propuestas españolas, cuando ambas se inspiran en la CVCIM para tratar a cuestión de la «transmisión del riesgo».

¹⁷³⁵ Vuelve a aparecer en el apartado VI-40 de la Exposición de Motivos de la PCM esa referencia a la realización de «todo lo que le incumbe» al vendedor. No obstante, y a pesar del fallo que describo en el texto, estimo que su regulación es más clara que la de la PMCC. Dice el mencionado apartado: «La disciplina del riesgo se adapta al nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual, aclarando las dudas que había suscitado la normativa derogada de modo coherente con los principios en que se inspira la Convención de Viena. Lo determinante para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato».

pequeño lapsus advierte de la necesidad de atender al tiempo de cumplimiento de la obligación de recepción del comprador.

Ya, por último, dedicaré unas líneas a la regulación de la puesta a disposición y su relación con la temática de la transmisión del riesgo en la regulación de la compraventa del Código civil de Cataluña. Según el art. 621-10.1 CCCat, «El vendedor *cumple* la obligación de entrega cuando transmite al comprador la posesión del bien *o lo pone a su disposición*»¹⁷³⁶. Y el art. 621-10.2 CCCat añade: «Si el contrato tiene por objeto un bien mueble poseíble y no prevé su transporte, para cumplir la obligación de entrega es suficiente ponerlo a disposición del comprador o de la persona acordada en el contrato o autorizada por el comprador para tomar posesión del mismo». Se trata de la modalidad considerada como ordinaria, sin transporte, y de ejecución en plaza¹⁷³⁷ conforme al art. 621-14.1 CCCat¹⁷³⁸.

Se ha señalado que la correlación entre las dos modalidades de entrega del art. 621-10.1 CCCat se asocia, en la literalidad del precepto, a la magnitud de la actividad que, una y otra parte contractual, ha de desempeñar en el cumplimiento. En el supuesto de la puesta a disposición, se dice, el vendedor tiene un rol más pasivo frente a un comprador activo que toma posesión del bien. Pero destaca LAUROBA LACASA que, a pesar de la generalidad del 621-10.2 CCCat al referirse a bienes muebles, la puesta a disposición está pensada principalmente para la compraventa de mercaderías. No se trataría del «sistema básico de entrega de un bien mueble» a pesar de que así se señala en el *Dictamen sobre la regulación del contrato de compraventa en el Código civil de Cataluña* elaborado por Morales Moreno y Fenoy Picón en el año 2010¹⁷³⁹.

¹⁷³⁶ Cursiva añadida.

¹⁷³⁷ BARRAL VIÑALS, 2018, p. 183.

¹⁷³⁸ Art. 621-14.1 CCCat: «El bien debe entregarse en el establecimiento o el domicilio del vendedor en el momento de la conclusión del contrato, salvo pacto en contrario (...)».

¹⁷³⁹ LAUROBA LACASA, 2021, p. 154. En opinión de BARRAL VIÑALS, 2018, p. 180, «la puesta a disposición indica, pues, que el comprador puede tomar la posesión directamente sin necesidad de una entrega material del vendedor: en lugar de una actividad del transmitente –la

En efecto, no se puede desconocer que el concepto de la «puesta a disposición» ha estado principalmente presente en el ámbito de compraventa de mercaderías. Pero, tras el estudio que he realizado de este concepto en el ámbito de los arts. 1452 Cc y 333 Ccom, uno no puede desdeñar la importancia que tiene, en cualquier tipo de compraventa, para estimular la cooperación en el cumplimiento del contrato y evitar cualquier innecesaria dilación, paralización o falta de concreción de los tiempos de cumplimiento. En todo caso, hay puesta a disposición, por mucho que esta pueda reducirse, materialmente hablando, a actos anecdóticos porque, en esencia, poner a disposición es querer cumplir, llamar a la otra parte y decirle que le está esperando para el intercambio; es en definitiva, una sana herramienta de cooperación.

La ley catalana dedica un particular precepto al concepto de la puesta a disposición. Dispone el art. 621-11 CCCat lo que sigue: «1. El vendedor, para que la puesta a disposición sea válida, debe notificar al comprador que puede hacerse cargo del bien dentro del plazo pactado o del que sea razonable dadas las circunstancias. 2. No es exigible al vendedor la fijación de ningún plazo en los casos en que este sea determinable de acuerdo con el contrato ni en los casos en que las partes hayan pactado que el bien debe entregarse en un lugar diferente al establecimiento o al domicilio del vendedor».

No se trata de realizar aquí un estudio del precepto y algunas dudas que plantea¹⁷⁴⁰, más allá de señalar que el apartado primero entiende referido a los casos en que el lugar de entrega es el establecimiento del vendedor y, de nuevo, se apunta que el precepto está pensado en la compraventa de mercaderías, la necesidad de identificarlas con el contrato de compraventa en cuestión e informar al comprador para que

entrega– en este caso, es el comprador quien toma materialmente la posesión ante la pasividad del vendedor».

¹⁷⁴⁰ Por ejemplo, la alusión a esa *validez o invalidez* de la puesta a disposición o por qué se requiere al vendedor comunicar al comprador la puesta a disposición dentro plazo pactado cuando, precisamente al estar ya contemplado en el contrato, el comprador ya conoce dicho plazo.

acuda a recogerlas y pague el precio. Por ello se plantea, aunque no me parece que lo permita la literalidad del apartado segundo del precepto, la posibilidad de excluir la necesidad de notificación cuando los bienes ya están identificados; porque no se considera connatural a toda compraventa en la que haya una puesta a disposición. Y ello sin perjuicio de reconocer la importancia que la fijación del plazo del apartado primero, plazo no para la entrega –se dice– sino para la recepción por el comprador, pueda tener a efectos de concretar el eventual momento a partir del cual podría producirse un incumplimiento del comprador en vez de dejar la cuestión abierta a una apreciación del concepto indeterminado de la razonabilidad¹⁷⁴¹.

Como acabo de señalar y ya explicado anteriormente, toda previsión encaminada a que fomentar que las partes cooperen en el cumplimiento y a precisar aspectos no concretados en un primer momento, como el tiempo del cumplimiento, ha de ser bienvenida. Sea como fuere y dado que, desde mi perspectiva, como enseguida explicaré al aludir a las normas de transmisión del riesgo, creo de nuevo que el concepto de poner a disposición no es cumplir la obligación de entrega por mucho que expresamente así lo diga el art. 621-10.1 CCCat, sino invitación al cumplimiento, a mi entender hay una doble regulación del tiempo en el cumplimiento de la obligación de entrega. Por un lado, el art. 621-11 CCCat no deja de ser, según creo, un mecanismo para fijar el momento de la entrega que mira tanto al vendedor y comprador (cooperación) y se pronuncia en términos de razonabilidad. Por otro lado, está el art. 621-13.1 CCCat, sobre el tiempo de cumplimiento de la entrega que mira tan solo al vendedor y señala que debe entregar el bien sin dilación indebida si no se ha pactado un plazo o si no puede determinarse el momento de entrega de otro modo.

Se ha dicho que entre el criterio que concede un tiempo razonable para el cumplimiento, que puede resultar más indeterminado y condicionado a las circunstancias de cada caso, y la exigencia de un

¹⁷⁴¹ De nuevo, me remito al análisis de LAUROBA LACASA, 2021, pp. 166-169.

cumplimiento inmediato, que puede dar poco margen al vendedor, el criterio de entrega sin dilación indebida se presentaría como un criterio intermedio que permite una entrega no inmediata y justificada de forma objetiva¹⁷⁴². En realidad, creo que independientemente del concepto que se utilice (razonabilidad, inmediatez, o «sin dilación»), lo determinante será atender a las circunstancias del caso concreto. Como decía, concibo tanto el art. 621-11 CCCat como el art. 621-13.1 CCCat como dos normas combinables y encaminadas a fomentar la realización de la entrega; y ello me parece un planteamiento razonable. En realidad, es algo similar a lo que hacen los INCOTERMS 2020 cuando en sus reglas A2 (Entrega) aluden al cumplimiento dentro del plazo o en la fecha acordada y en sus reglas A10 (Notificaciones) prevén que el vendedor de aviso al comprador para que este pueda proceder a la recepción.

En fin, como he dicho, poner a disposición no es cumplir, por mucho que lo diga el art. 621-10.1 CCCat porque, en virtud, del art. 621-17.1 CCCat: «Los riesgos se transmiten al comprador en el momento de la entrega del bien o de los documentos que lo representan de acuerdo con lo establecido por el artículo 621-10. También se transmiten los riesgos al comprador cuando se niega injustificadamente a recibir el bien». Y aunque el precepto hace referencia al art. 621-10 CCCat en general, se ha dicho que una cosa es la entrega del bien y otra cosa el cumplimiento de la obligación de entregar; de forma que, en caso del cumplimiento de la obligación de entrega mediante la puesta a disposición, no habría transmisión del riesgo –se dice– hasta la entrega del bien; hasta que el comprador se hace efectivamente cargo de los bienes¹⁷⁴³.

¹⁷⁴² FARNÓS AMORÓS, 2021, p. 174.

¹⁷⁴³ RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 209 y 212. Con otros razonamientos, llega a la misma conclusión GÓMEZ LIGÜERRE, 2018, p. 196-197. El autor realiza una exposición sobre la supuesta supervivencia de la regla *periculum est emptoris* en el CCCat, pero solo a partir del momento de la entrega del bien (pp. 205-211) que, como se podrá comprender, no puedo compartir.

Me resulta sumamente anómalo distinguir dentro del cuerpo regulador de la compraventa entre «entrega» y «cumplimiento de la obligación de entrega». El problema es, como sabemos, la inercia de mantener unas normas sobre transmisión del riesgo en un contexto normativo en el que ya no cumplen verdadera función.

En definitiva, en la medida en que en todos estos cuerpos normativos hasta la recepción de la cosa el comprador puede recurrir al sistema de remedios por incumplimiento de la obligación de entrega, no hay otra posibilidad que asumir que poner a disposición no es cumplir, sino hacer todo lo posible para cumplir; es media entrega. La importancia de lo que representa la puesta a disposición como un llamamiento a la cooperación, está –al menos para mí– fuera de toda duda. Pero ha de encontrar su correcta ubicación en una eventual reforma que suprima las normas sobre transmisión del riesgo.

D) Falta de recepción e identificación de las mercaderías

En la medida en que las denominadas normas de transmisión del riesgo son, en realidad, normas a través de las que se está regulando *indirectamente*¹⁷⁴⁴ el cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías y, por extensión, de la obligación de recibir, en el ámbito del art. 69.1 CVCIM también se requiere –al igual que se reflexiona en sede de los arts. 31 y 60 CVCIM– que el vendedor ponga las mercaderías a disposición del comprador, adoptando todas las actuaciones preparatorias necesarias para que el comprador pueda retirarlas, como su identificación y embalaje, e informe de tal extremo al comprador¹⁷⁴⁵; comunicación desde cuya recepción (inaplicación del art. 27 CVCIM¹⁷⁴⁶) comienza el período razonable –o corto, según

¹⁷⁴⁴ Introducción, II.

¹⁷⁴⁵ NEUMAYER/MING, 1993, p. 445; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), p. 547; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 938-939.

¹⁷⁴⁶ Art. 27 CVCIM: «Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores

algunos¹⁷⁴⁷— para su retirada¹⁷⁴⁸. Como se observa, ante duplicidades normativas para regular las mismas cuestiones, nos encontramos ante idénticas interpretaciones en diversas sedes.

Se ha dicho que en caso de que el contrato establezca un plazo para la entrega, no es precisa tal comunicación¹⁷⁴⁹. Yo no lo creo, porque si dentro del plazo fijado para la entrega el vendedor ya puede entregar, no cabe descartar que tanto él como el comprador puedan tener interés en que la entrega tenga lugar antes de que finalice el plazo y ello sin perjuicio de que —dejando de lado el análisis de si el plazo se estableció en favor de uno u otro contratante— se pueda agotar el plazo acordado. Creo que solo si hay una fecha acordada para la entrega, art. 33.a) CVCIM¹⁷⁵⁰, tal comunicación no tendría en realidad razón de ser¹⁷⁵¹, porque las partes ya saben a qué atenerse¹⁷⁵².

Toda esta reiterada necesidad de informar al comprador de la puesta a disposición está encaminada, en sede del art. 69.1 CVCIM, al siguiente particular *y supuesto* efecto: la transmisión del riesgo al comprador cuando incurre en incumplimiento al no recibir las

que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación».

¹⁷⁴⁷ BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 473.

¹⁷⁴⁸ NEUMAYER/MING, 1993, p. 445; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), p. 547; HEUZÉ, 2000, p. 333; BOLLÉE, 2001, p. 267.

¹⁷⁴⁹ HONNOLD, 2009, p. 535.

¹⁷⁵⁰ Art. 33.a) CVCIM: «El vendedor deberá entregar las mercaderías: a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha.»

¹⁷⁵¹ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 196, entiende que la comunicación solo es necesaria en caso de que no haya pacto expreso de una fecha o plazo de recepción, ya que en tal supuesto la comunicación es el medio a través del cual el comprador puede conocer cuándo debe retirar las mercaderías.

¹⁷⁵² Vid. Capítulo 3, VII. No obstante, explica LANDO, 1987, p. 262, aceptando la diferencia entre la entrega y la recepción que, en las situaciones cubiertas por el art. 33.a) CVCIM, la *delivery* y la recepción coincidirán normalmente. No obstante, como acepta tal diferencia, subraya que del art. 69.1 CVCIM se deriva que cuando el vendedor entrega (pone a disposición, según el autor) el comprador incumple si no recibe a su debido tiempo tras la puesta a disposición; previsión que también ha de aplicarse a los casos cubiertos por el art. 33.a) CVCIM. Yo no lo creo porque, en los casos de compraventa en plaza, la fecha para la entrega del 33.a) CVCIM afecta, como no puede ser de otra forma, a la recepción del comprador.

mercaderías; transmisión del riesgo para la que sería irrelevante si el comprador es o no responsable de la no recepción en virtud del art. 79 CVCIM¹⁷⁵³; que se trataría de una excepción¹⁷⁵⁴ al criterio de la recepción que, según se dice, consagraría una opción razonable – incluso necesaria, se apunta¹⁷⁵⁵– para que el comprador no se beneficie de su incumplimiento y haga pechar al vendedor con el riesgo¹⁷⁵⁶. Y dado que la letra del precepto solamente se refiere a la no recepción¹⁷⁵⁷, protagonismo que también recibe en la regla B3 (Transmisión de riesgos) de todos los INCOTERMS 2020, la doctrina se plantea si es posible aplicar la previsión cuando el comprador incurre en otros incumplimientos distintos al previsto en el precepto y que conlleven la no recepción, como la falta de colaboración prevista en el art. 60.a) CVCIM –tal y como en efecto se prevé en los INCOTERMS 2020¹⁷⁵⁸– o la falta de pago del precio en casos de intercambio simultáneo de entrega por pago del precio (art. 58.1 CVCIM)¹⁷⁵⁹; planteamiento al que se responde con una respuesta afirmativa con base en el art. 7.2 CVCIM¹⁷⁶⁰. Se asienta así, como una

¹⁷⁵³ NEUMAYER/MING, 1993, p. 446; ALCOVER GARAU, 1991, p. 179; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), p. 547; TAMAYO CARMONA, 2000, pp. 94-95; GUSTIN, 2001, pp. 388-389; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 473. La versión española del art. 69.1 CVCIM utiliza el término «rehusar». Con mayor corrección, las versiones inglesa y francesa utilizan las asépticas expresiones «*failing to take delivery*» y «*n'en prenant pas livraison*».

¹⁷⁵⁴ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 94; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 195.

¹⁷⁵⁵ *Idem*.

¹⁷⁵⁶ ROTH, 1979, p. 307; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), p. 547. Ya para la ULIS hace tal razonamiento TUNC, 1966, p. 390.

¹⁷⁵⁷ Incluso ALCOVER GARAU, 1991, pp. 176-177, hace una interpretación tan literal del término rehusar que cree que, en principio, ni siquiera está previendo el incumplimiento de la obligación de recepción del art. 60.b) CVCIM. Con acierto, ya dice OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 94, que el precepto no requiere una postura de negación expresa o activa por parte del comprador; basta con la omisión de los actos necesarios para hacerse cargo del bien.

¹⁷⁵⁸ La regla B3 (Transmisión de riesgos) de las once reglas INCOTERMS 2020 incluyen, como causa atributiva del riesgo al comprador, muchos de aquellos actos de colaboración, que encajarían en el art. 60.a) CVCIM y que no son propiamente la falta de hacerse cargo de las mercaderías del art. 60.b) CVCIM. Algún ejemplo ya lo expuse más arriba en el texto.

¹⁷⁵⁹ *Vid.* con detalle algunos posibles ejemplos en BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 66-67.

¹⁷⁶⁰ Art. 7.2 CVCIM: «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los

especie de regla general, que el comprador debe soportar el riesgo siempre que, con ocasión de un incumplimiento por su parte, el vendedor no pueda efectuar el acto que determinaría la transmisión del riesgo¹⁷⁶¹. Ello animaría al comprador a cumplir sus obligaciones¹⁷⁶².

La estructura del precepto, aludiendo a la transmisión del riesgo en caso de falta de recepción, ha sido reproducida en otros textos: en el ya estudiado art. 1452 PMCC, en los art. IV.A.-5:201(1) DCFR¹⁷⁶³ y 144.1 CESL¹⁷⁶⁴—en donde para mayor complejidad, a mi entender, se añade que tal transmisión del riesgo no tendría lugar si el comprador tiene derecho a suspender su obligación de recibir las mercaderías¹⁷⁶⁵—, en el art. 621-17(1) CCCat¹⁷⁶⁶ o en el art. 535-2.3 PAPDC, eso sí, con mayor amplitud¹⁷⁶⁷.

principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

¹⁷⁶¹ Reflexiones en este sentido, más o menos detalladas, en VON HOFFMANN, 1986, p. 295, que apela a una razón de coherencia del sistema; ALCOVER GARAU, 1991, pp. 176-179; NEUMAYER/MING, 1993, pp. 445-447; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 125; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), pp. 457-458; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 198-200; TAMAYO CARMONA, 2000, p. 95; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 473.

¹⁷⁶² VON HOFFMANN, 1986, p. 295.

¹⁷⁶³ Art. IV.A.-5:201(1) DCFR: «*If the goods are placed at the buyer's disposal and the buyer is aware of this, the risk passes to the buyer from the time when the goods should have been taken over, unless the buyer was entitled to withhold taking of delivery under III. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation)*».

¹⁷⁶⁴ Art. 144.1 CESL: «Si los bienes o los contenidos digitales se ponen a disposición del comprador y este tiene conocimiento de ello, el riesgo se le transmitirá en el momento en que debería haber tomado posesión [*take over*, dice la versión en inglés] de los bienes o los contenidos digitales, salvo que el comprador pudiese suspender el cumplimiento de su obligación de aceptar la entrega en virtud de lo dispuesto en el artículo 113».

¹⁷⁶⁵ Respecto al DCFR, señalan VON BAR/CLIVE, 2009b, pp. 1380-1381, que se trata de una excepción al criterio de la recepción que incentivará al comprador a cumplir para evitar un triple detrimento: «*loss of the goods; payment of the price; and possible liability in damages for breach of contract*». Además, se añade que la previsión sanciona al comprador que impide al vendedor el cumplimiento de la obligación de entrega. A mi entender, esta idea de la «sanción al comprador» no es procedente ni aporta nada. Lo importante, como explico en el texto, es atender sin más al incumplimiento del comprador. ZOLL/WATSON, 2012, p. 608, destacan también su carácter de excepción a la regla del art. 143.1 CESL, así como el carácter también excepcional—según opinan— del supuesto en que el comprador tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligación de recibir.

¹⁷⁶⁶ Art. 621-17.1 CCCat: «Los riesgos se transmiten al comprador en el momento de la entrega del bien o de los documentos que lo representan de acuerdo con lo establecido por el

Pues bien, creo que podemos prescindir de hablar de transmisión del riesgo en estos supuestos, no considero necesarias tales específicas previsiones sobre la no recepción del comprador, ni han de entenderse como excepciones a nada.

El estudio que he realizado de las normas decimonónicas del Derecho español sobre transmisión del riesgo en la compraventa confirma que solo cabe hablar *propriadamente* de transmisión del riesgo antes de que llegue el momento relevante para el cumplimiento de la obligación de entrega. Es antes de este momento cuando entra en juego la disciplina de la transmisión del riesgo tal y como se gestó históricamente. Si llegado ese momento el comprador no se presenta a recibir, en el sistema clásico entran en juego las figuras de la *mora accipiendi* o la *mora debitoris* para atribuir el riesgo al comprador por razón de estos expedientes pero no, como tal, por aplicación de la regla de transmisión del riesgo que, según he explicado, entra en juego antes de cualquier tipo de retraso o incumplimiento¹⁷⁶⁸. Y tales figuras, en la actualidad, han sido superadas por la actual y neutra noción de incumplimiento. Si *cualquier* incumplimiento del comprador impide o da derecho al vendedor a suspender la ejecución de la obligación de entrega, sencillamente hay incumplimiento, procede el juego de los remedios y se abre un nuevo escenario de cooperación para solventar tal incumplimiento. Por eso mismo ni siquiera es precisa una particular mención del supuesto de la no recepción en estas supuestas normas de transmisión del riesgo; mención de la que, además, se siente la necesidad de ampliar a otros supuestos de incumplimiento a pesar de la literalidad de la norma.

artículo 621-10. También se transmiten los riesgos al comprador cuando se niega injustificadamente a recibir el bien». RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 211, realiza una interpretación literal de la norma.

¹⁷⁶⁷ Art. 535-2.3 PAPDC: «El riesgo se transmite al comprador desde que incurre en mora de acreedor respecto de la obligación de entrega o en un incumplimiento de sus obligaciones que permita al vendedor suspender la entrega».

¹⁷⁶⁸ *Vid.* Capítulo 1, IV.

Esa idea de que se transmite el riesgo al comprador no es garantía de nada ni de un derecho al precio en todo caso. Sobra tal reflexión. El vendedor no puede quedar impertérrito ante tal situación. Por mucho que *técnicamente* se le deje de aplicar el art. 79 CVCIM y quede sujeto, como señala la doctrina¹⁷⁶⁹, al art. 85 CVCIM¹⁷⁷⁰ (y siguientes) y su estándar menos estricto¹⁷⁷¹ de diligencia¹⁷⁷² en la conservación de las mercaderías, su situación es muy incómoda y requerirá por su parte *de movimiento*; que tome medidas y busque remediar la situación para evitar consecuencias indeseadas. A ello me refiero más adelante¹⁷⁷³.

Hay que desprenderse de la idea de la «transmisión del riesgo» al comprador en caso de su propio incumplimiento.

Presencia particular tienen, en el seno de las denominadas como normas sobre transmisión del riesgo, las previsiones relativas a la identificación con el contrato de las mercaderías como requisito indispensable para dicha transmisión; identificación con el contrato que cobra su importancia en el caso de compraventa de géneros. El art. 69.1 CVCIM está sujeto al art. 69.3 CVCIM que dispone: «Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato». Se trata de la misma idea recogida en la regla B3 de todos los INCOTERMS 2020; la cual, con sus variantes según el término comercial de que se trate, finaliza estableciendo la atribución del riesgo al comprador en el

¹⁷⁶⁹ AUDIT, 1990, p. 90; CAFFARENA LAPORTA 1997 (2006), p. 547; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 200-201; BOLLÉ, 2001, p. 267.

¹⁷⁷⁰ Art. 85 CVCIM: «Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado».

¹⁷⁷¹ BACHER, 2010, p. 1151.

¹⁷⁷² «Prendre soin», apuntan NEUMAYER/MING, 1993, p. 561. «Duties to care», HONNOLD, 2009, p. 677; BRUNNER/MUSTER, 2019, p. 616.

¹⁷⁷³ Capítulo 5, III.

momento acordado para la entrega o en el fin del plazo previsto para la misma «siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato».

Las analizo en su momento, pero también se realizan particulares previsiones al respecto para los contratos que implican transporte de mercaderías en el art. 67 CVCIM; precepto que habrá de relacionarse con el art. 32 CVCIM y que ya advierte, de nuevo, de una eventual duplicidad normativa. Otros textos jurídicos, en vez de establecer particulares normas sobre la identificación de las mercaderías en cada concreta previsión sobre la transmisión del riesgo como requisito indispensable para tal transmisión, han optado por establecer una norma general, aplicable a todas disposiciones para la transmisión del riesgo, relativa a identificación de las mercaderías. Tal es el caso del art. IV.A.-5:102(2) DCFR¹⁷⁷⁴, art. 141 CESL¹⁷⁷⁵ o el art. 621-17-2 CCCat¹⁷⁷⁶.

Si bien se verán ciertas particularidades que esta cuestión presenta en los contratos que implican transporte de mercaderías, no parece que tenga demasiada trascendencia en el caso de las compraventas en plaza¹⁷⁷⁷ porque, como hemos visto hasta ahora, el vendedor responde hasta el momento de cumplimiento de la obligación de entrega, la recepción por el comprador. Incluso se ha dicho que la separación de las mercaderías puede realizarse fácilmente en el momento de la retirada, no sería necesaria esa previa separación¹⁷⁷⁸. Y cumplida la

¹⁷⁷⁴ Art. IV.A.-5:102(2) DCFR: «*However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise*».

¹⁷⁷⁵ Art. 141 CESL: «El riesgo solo se transmitirá al comprador cuando los bienes o contenidos digitales se hayan identificado claramente como los bienes o contenidos digitales que han de ser suministrados en virtud del contrato, ya sea mediante el acuerdo inicial, por notificación remitida al comprador o de cualquier otro modo».

¹⁷⁷⁶ Art. 621-17-2 CCCat: «Los riesgos de los bienes aún no identificados no se transmiten antes de su especificación hecha de acuerdo con el contrato con notificación al comprador, o de cualquier otra forma usual y razonable dadas las circunstancias».

¹⁷⁷⁷ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 550.

¹⁷⁷⁸ WIDMER, 2010, p. 511.

entrega con la recepción de las cosas, *va de soi* que la identificación no ha planteado problema alguno para el cumplimiento de la obligación de entrega. Otra apreciación merece, quizás, el análisis de la conformidad.

Algún matiz merece el caso en que la entrega no tiene lugar por incumplimiento del comprador, donde sí adquiriría relevancia la identificación de las mercaderías para esa *supuesta* transmisión del riesgo. Nótese que el art. 69.3 CVCIM no dice cómo ha de hacerse la identificación y la doctrina entiende aplicable lo dispuesto en el art. 67.2 CVCIM¹⁷⁷⁹ que se verá más adelante. Menciono a continuación tres escenarios con un ánimo de dejar claro, de nuevo, cómo ha quedado diluida la cuestión de transmisión del riesgo en sede de incumplimiento.

En primer lugar, y de acuerdo con todo lo explicado ahora, en la medida en que las partes han de cooperar para el cumplimiento y puede que no haya fecha acordada para la entrega, se exige que el vendedor comunique la puesta a disposición de las mercaderías al comprador para que este acuda a recogerlas; puesta a disposición que, concebida como un deber y acto preparatorio para la entrega, ya exige la identificación de las mercaderías. Y si ya hay fecha acordada para la entrega, ello no exime al vendedor de la necesidad de tener las cosas listas, puestas a disposición del comprador, para que las reciba sin ulteriores actuaciones a mayores de lo que implica el propio intercambio «de mano a mano». Si el comprador incumple su obligación de recibir, estamos en el escenario ya mencionado: una inmediata obligación de conservar y una inmediata necesidad de reaccionar, por parte del vendedor, para solventar su incómoda situación. Por lo tanto, no parece tan novedosa, aunque así se

¹⁷⁷⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 550 que, en atención a la amplitud prevista en el art. 67.2 CVCIM, entiende válido cualquier medio que determine claramente las mercaderías que constituyen el objeto del contrato; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 217. Destaca ANGELICI, 1981, p. 233, los términos extremadamente genéricos con los que se ha formulado el precepto.

señala¹⁷⁸⁰, la solución del art. 98.2 ULIS¹⁷⁸¹ que, en la compraventa de cosas genéricas, exigía para la transmisión del riesgo la identificación de las mercaderías con el contrato por parte del vendedor y su comunicación al comprador¹⁷⁸². Como he explicado en la primera parte de esta investigación, se trata de la mecánica del sistema tradicional de la transmisión del riesgo y, como he explicado en las anteriores páginas, la notificación de la puesta a disposición acaba siendo exigida a través de la interpretación de los arts. 31, 60 y 69.1 CVCIM. Nótese, sin embargo, que el art. 98 ULIS se refiere a un caso en que el comprador se retrasa en la recepción y cabría entender que las mercaderías no estaban identificadas con el contrato en el momento en que procedía la recepción, lo cual nos acerca de nuevo a esa clásica discusión –que no voy a retomar– sobre si la especificación tiene lugar en el momento o con anterioridad al cumplimiento y si es un acto a realizar por el vendedor unilateralmente o con la participación del comprador. Como ya he explicado, la existencia de la clásica disciplina de la transmisión del riesgo justifica *per se* que esa individualización, a través de la puesta a disposición, tiene lugar antes de la entrega. Sea como fuere, lo dicho me permite pasar al segundo escenario.

¹⁷⁸⁰ Entiende TUNC, 1958, p. 1066, que se trata de una innovación con respecto a la mayor parte de las legislaciones nacionales con la que se quiere prevenir al comprador de los riesgos que en adelante han de pesar sobre él, con objeto de permitirle eventualmente hacer recepción dentro del plazo más breve. Señala el autor (TUNC, 1966, p. 390) que la razón de ser del 98.2 ULIS es que, precisamente, al tratarse de compraventa de cosas genéricas, sería imposible saber si las cosas que se han perdido o deteriorado eran las que debían ser entregadas al comprador.

¹⁷⁸¹ Art. 98.2 ULIS: «*Where the contract relates to a sale of unascertained goods, delay on the part of the buyer shall cause the risk to pass only when the seller has set aside goods manifestly appropriated to the contract and has notified the buyer that this has been done*».

¹⁷⁸² Explica ALCOVER GARAU, 1991, p. 179-180, las críticas realizadas en UNCITRAL al art. 98 ULIS y como desembocan en la redacción actual del art. 69 CVCIM donde se suprime la referencia a la notificación que contenía el art. 98.2 ULIS. ROTH, 1979, p. 308, se muestra muy crítico con tal supresión y ANGELICI, 1981, pp. 233-234, destaca su importancia precisamente para saber cuándo cabe considerar que el comprador incumple su obligación de recepción.

En el caso de que el vendedor, por la facilidad que representa la separación de las mercaderías en el momento de la recepción o si por acuerdo o uso aplicable ha de esperar al comprador para realizar la separación en el momento de la entrega y recepción, se encuentre con que, debido a un incumplimiento del comprador, llegado el momento de la entrega, esta no tiene lugar y las mercaderías están sin identificar con el contrato, la cuestión arranca desde el mismo punto que el anterior escenario: qué puede o ha de hacer el vendedor. Conservación inmediata de las eventuales mercaderías que podría destinar al contrato en particular e incluso identificarlas como tal. Pero habrá de valorar los costes, la disposición del comprador a cumplir y la necesidad de mitigar el daño (art. 77 CVCIM), pues una cosa es añadir unas etiquetas identificativas a unas cajas y otra muy distinta, por ejemplo, es proceder a cosechar los frutos destinados al comprador (art. 65 CVCIM) y buscar almacenes donde depositarlos (87 CVCIM) o proseguir con la manufactura de unos productos con características muy concretas y de interés para el comprador incumplidor¹⁷⁸³. El vendedor antes de nada habrá de comunicarse con el comprador para ver cómo ha de actuar en consecuencia. De nuevo, me remito a las posteriores explicaciones relativas al incumplimiento del comprador.

Ya, en fin, el tercer escenario que quería comentar es aquel que preveía el art. 98.3 ULIS¹⁷⁸⁴ y del que ha prescindido la CVCIM: los casos en que la individualización, y por consiguiente, identificación de las mercaderías con el contrato solo puede tener lugar, debido a la naturaleza de las mercaderías en cuestión, cuando el comprador procede a recibirlas. Y aquí se exponen diversas opiniones en lo que se considera una cuestión muy discutible: según unos, ha de aplicarse literalmente el tenor del art. 69.3 CVCIM y hacer pechar con el riesgo al vendedor a pesar del retraso del comprador en la recepción. En opinión de otros, cabe buscar soluciones que se acerquen a la solución

¹⁷⁸³ Reflexiones similares en el ámbito del art. 65 CVCIM por HONNOLD, 2009, p. 508.

¹⁷⁸⁴ Art. 98.3 ULIS: «Where unascertained goods are of such a kind that the seller cannot set aside a part of them until the buyer takes delivery, it shall be sufficient for the seller to do all acts necessary to enable the buyer to take delivery».

de la ULIS, admitiendo la transmisión del riesgo cuando el vendedor realiza todos los actos necesarios para que el comprador reciba. Y todo ello sin perjuicio de reconocer que, en virtud de acuerdo o por los usos aplicables, quepa hablar de un reparto del riesgo a prorrata entre los eventuales compradores y también el vendedor de las mercaderías así almacenadas¹⁷⁸⁵. Soluciones en este sentido se observan, por ejemplo, el Derecho inglés¹⁷⁸⁶. A mi entender, hay que estar a lo dicho: atender a los remedios disponibles para el vendedor y las actuaciones que quepa esperar del él¹⁷⁸⁷.

En fin, la insistencia en querer identificar las mercaderías para «transmitir el riesgo», es una herencia del pasado porque, conforme a dicha clásica disciplina, la puesta a disposición de las mercaderías identificadas con el contrato supone entrar en un escenario de espera obligada; parálisis que, por un lado, exime al vendedor del riesgo de la prestación y atribuye al comprador el riesgo de la contraprestación hasta que este acude a recibir las mercaderías. Pero en la actualidad, borrado el espacio donde entraba en juego la clásica doctrina del riesgo, si el comprador incumple llegado el momento del cumplimiento de la obligación de entrega no hay paralización por parte del vendedor que valga; ni su actuación debe reducirse a buscar en todo caso la especificación e identificación de las mercaderías con el contrato con un ánimo de asegurar esa supuesta transmisión del riesgo al comprador incumplidor. Lo que procede es acudir a los remedios en un ánimo de cooperación con el comprador.

¹⁷⁸⁵ Vid. sobre estas cuestiones, NICHOLAS, 1987, p. 505; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 550-551, quien pone el ejemplo de la venta de una determinada cantidad de petróleo cuya especificación solo se produce cuando se llenan los depósitos del medio de transporte utilizado por el comprador; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 216-221.

¹⁷⁸⁶ Sobre el reparto del riesgo proporcionalmente entre los interesados de una determinada masa, puede verse en particular BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 284 y ss. y 330 sobre la s. 20A SGA relativa a las *undivided shares in goods forming part of a bulk*. Vid. también las explicaciones de GULLIFER, 2014, pp. 113-118.

¹⁷⁸⁷ Ya lo advierte CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 551, cuando baraja una aplicación literal de la norma.

Con lo dicho, por supuesto, no pretendo quitar importancia a previsiones que atiendan a la especificación de la obligación genérica, ya sea en sede de teoría general o de un contrato en particular, como la compraventa. Se trata de una clásica carencia de nuestro sistema. La cuestión es dónde han de ubicarse tales previsiones. Como se ha dicho con acierto, las normas relativas a la especificación e identificación de las mercaderías como requisito necesario para la transmisión del riesgo, establecen una *obligación indirecta* del vendedor de identificar las mercaderías con el contrato¹⁷⁸⁸. Y así han de configurarse, *en sede de cumplimiento*, fuera del entorno de supuestas normas sobre transmisión del riesgo, como paso *previo* para la entrega; como obligación previa del vendedor que pueden resultar en un supuesto de incumplimiento previsible de la entrega a remediar y que, de corresponder al comprador, pueden resultar en un incumplimiento actual de la obligación de recibir [art. 60.a) CVCIM]. El art. 511-6 PCM¹⁷⁸⁹, que tendré en cuenta en mi propuesta, es un ejemplo de ello al aligerar las previsiones sobre la transmisión del riesgo en estos aspectos.

E) Desaparición de la regla periculum est emptoris

Como indiqué en la Introducción de la presente investigación y he expuesto a lo largo de estas páginas, los actuales planteamientos en torno a la vinculación contractual y el régimen del incumplimiento eliminan la regla *periculum est emptoris*; no permiten que entre en juego en el ámbito que la vio nacer: entre la perfección del contrato y

¹⁷⁸⁸ ZOLL/WATSON, 2012, p. 604.

¹⁷⁸⁹ Art. 511-6 PCM: «Identificación de los bienes. 1. Salvo pacto en contrario, el vendedor está obligado a identificar los bienes. 2. Los bienes deben ser identificados como aquellos a los que se refiere el contrato mediante cualquier medio idóneo. 3. Si el contrato incluyese la realización del transporte, el vendedor deberá, identificar los bienes claramente cuando los ponga en poder del primer porteador, o enviar al comprador un aviso de expedición en el que se identifiquen aquéllos de igual forma. 4. Si correspondiera al comprador identificar los bienes y no lo hiciera en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la identificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas».

el cumplimiento de la obligación de entrega. Mejor dicho, entre la puesta a disposición y el cumplimiento de la obligación de entrega.

ALCOVER GARAU, al comparar la solución dada por el art. 333 Ccom en torno a la puesta a disposición y la del art. 69.1 CVCIM con base en el criterio de la entrega, señala que la Convención se basa «pura y simplemente» en exigencias objetivas del comercio y *no* «en razones de *justicia o de lógica contractual* como hace nuestro Ccom»¹⁷⁹⁰. Destaca el autor en particular el argumento de que el vendedor está en mejor posición para asegurar las mercaderías¹⁷⁹¹; motivo que, según explica, hizo que los redactores del UCC se apartasen de la jurisprudencia inglesa –que atribuía el riesgo al comprador, con anterioridad a la entrega, en virtud de la transmisión de la propiedad sobre las mercaderías¹⁷⁹²– y adoptase el criterio de la entrega¹⁷⁹³ en la sub-s. 2-509 (3) UCC¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁹⁰ ALCOVER GARAU, 1991, p. 173. El autor señala que, en el sistema del Código de comercio español, la transmisión del riesgo al comprador desde el momento de la puesta a disposición se justifica «por estimarse justo que si el comprador goza de un lapso de tiempo *en su exclusivo beneficio* para retirar las mercaderías, soporte los riesgos de pérdida o deterioro». Cursiva añadida. Como ya he explicado, esa idea de que la situación es en beneficio exclusivo del comprador no es exactamente cierta porque nos hallamos ante un contrato bilateral celebrado en condiciones aceptadas y queridas por ambas partes. No es tanto el «beneficio exclusivo» del comprador, sino más bien la manera y el contexto comercial en que el contrato se desarrolla en su tiempo lo que justifica el sistema de transmisión del riesgo.

¹⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 174.

¹⁷⁹² *Vid.* Capítulo 2, III.

¹⁷⁹³ ALCOVER GARAU, 1991, p. 165-167.

¹⁷⁹⁴ Sub-s. 2-509 (3) UCC Rev.: «[...] *the risk of loss passes to the buyer on his[.] the buyer's[.] receipt of the goods*». La versión original de esta sección, que es la que estudia ALCOVER GARAU, distinguía según si el vendedor era un profesional («*merchant*») o no. En el primer caso, se exigía la recepción para la asignación del riesgo al comprador, mientras que, si no era un profesional, la transmisión del riesgo tenía lugar con la *tender of delivery*: puesta a disposición con notificación al comprador para que proceda a la recepción en un plazo razonable. ¿*Emptio perfecta*? Me resulta curioso comprobar cómo la transmisión del riesgo con la puesta a disposición antes de la entrega que, según todo indica, se gesta en un entorno comercial y por motivos comerciales, se abandona posteriormente por nuevas exigencias comerciales, pero la norma americana la mantiene, en cambio, durante un tiempo en aquellos supuestos en que la compraventa no se gesta en un contexto comercial. *Vid.* la crítica de STOCKS, 1993, pp. 1434, con relación a la ya suprimida distinción que establecía el UCC.

Pues bien, esa idea de que no hay razones de justicia o lógica contractual para que el riesgo se transmita con [*rectius* el vendedor responda hasta] el cumplimiento de la obligación de entrega no es cierta. Precisamente, son estas dos cuestiones, la injusticia de la regla *periculum est emptoris* y su ilógico quebranto de la bilateralidad del contrato sinalagmático por excelencia, las que han ocasionado interminables discusiones en torno a la «nunca del todo comprendida» especialísima disciplina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

Si volvemos sobre esas tres exigencias objetivas del comercio que justifican la adopción del criterio de la recepción, aparte de la razonabilidad de tal criterio en cuanto evita eventuales litigios si se admite la transmisión del riesgo con anterioridad a la entrega, cabe decir lo que sigue: en realidad, el argumento de que el vendedor está en mejor posición para evitar los riesgos que afecten a las mercaderías objeto del contrato decae porque, en esta materia, se está abordando precisamente las consecuencias de lo incontrolable; lo que en el régimen clásico excedía de la culpa, progresivamente objetivada, y lo que en el sistema actual excede del estricto parámetro del art. 79 CVCIM, salvo asunción de mayor garantía. Y desde la perspectiva del comprador, tradicionalmente se ha cuestionado por qué ha de pagar el precio, por qué ha de verse privado de otros remedios como la resolución en caso de pérdida, por mucho que el vendedor se vea exonerado de responsabilidad *stricto sensu*. Del mismo modo, si también es argumento para hacer responder al vendedor hasta el momento de la entrega el hecho de que está en mejor posición para contratar un seguro, de no existir tal seguro tampoco se entendería por qué habría de pechar el comprador con el riesgo.

En el ámbito del Derecho español, como he explicado, la oposición a la regla *periculum est emptoris* es frontal y radical. Y nada de lo que yo he explicado ni la interpretación que le he conferido la privará de ese halo de mal Derecho. Sea como fuere, lo que lleva mucho tiempo cuestionado, aunque, según he explicado, en cierta medida estaba en consonancia con un régimen sobre el incumplimiento con tintes

subjetivistas y que focalizaba en la no realización de los deberes prestacionales del deudor, ahora no concuerda con una noción objetiva del incumplimiento que atiende a la consecución del resultado prometido. Y por esta vía al fin se consigue lo que siempre se ha considerado razonable: que el vendedor responda del incumplimiento de la obligación de entrega o, como se ha dicho tradicionalmente de forma poco técnica y reduccionista, que el comprador no pague el precio en caso de pérdida de la cosa. Decía DE COSSÍO Y CORRAL, en unas reflexiones que deben ser leídas en su contexto epocal: «¿Subsiste después de la pérdida fortuita la obligación de pagar el precio? Háysese o no transmitido la propiedad por el mero perfeccionamiento del contrato de compraventa, es indudable que de ella deriva para el vendedor en todo caso la *obligación de la entrega material* de la cosa al comprador, *a la que en definitiva va vinculada como contraprestación la obligación de este último de pagar el precio*»¹⁷⁹⁵.

2. Compraventa que implica transporte

A) Aproximación

Como indicaba unos párrafos más arriba, un contrato de compraventa que implica transporte puede concebir este como un acto preparatorio a organizar o ejecutar por el vendedor para la futura entrega en el destino acordado; ampliando, por lo tanto, en un sentido amplio, su esfera de riesgos asumidos y la garantía que obtiene el comprador. Se trata de las cláusulas del grupo D de los INCOTERMS 2020 y es la opción adoptada en el ámbito del Derecho de consumo, el CCCat o la PAPDC; supuestos de compraventa con *entrega directa* a los que me referiré en su momento.

En otros casos, en los que el transporte es operado por un tercero independiente que recibe la mercancía del vendedor y la traslada al comprador, esa *entrega* al transportista (poner la mercancía en poder

¹⁷⁹⁵ DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 600. La cursiva es añadida.

del porteador) presenta connotaciones particulares. Son las denominadas compraventas con *entrega indirecta* en las que, o bien el transportista independiente es contratado por el comprador (se trata de cláusulas del grupo F de los INCOTERMS), o bien el vendedor es el encargado de gestionar tal contrato de transporte; supuesto denominado compraventa con expedición y que se recoge en las cláusulas del grupo C de los INCOTERMS¹⁷⁹⁶.

En esta modalidad de compraventa, detecto la tensión entre dos ideas ya expuestas: entre todo aquello que el vendedor ha de hacer para poder cumplir y lo que es, en efecto, cumplir la obligación de entrega.

Cabría concebir el «poner la cosa en poder del porteador» como el acto mediante el cual el vendedor *hace todo lo posible para* conseguir el resultado que espera el comprador y contempla el contrato¹⁷⁹⁷; de ahí la adecuación de hablar de transmisión del riesgo al comprador en el momento del envío en la medida en que, cabe razonablemente entender, que el comprador no paga el precio para que se realice tal envío sino, entre otras cosas, para que las mercancías lleguen a destino y pueda recibirlas. Pero en virtud de dicha transmisión del riesgo –y realizando una lectura ajustada al funcionamiento clásico de esta disciplina– se le impediría acudir a los posibles remedios en caso de pérdida o deterioros fortuitos del bien a pesar de no haber obtenido el resultado previsto en el contrato, es decir, a pesar, del incumplimiento.

¹⁷⁹⁶ Como señala ALCOVER GARAU, 1991, p. 70, no se puede hacer equivaler los conceptos de compraventa con entrega indirecta y compraventa con expedición.

¹⁷⁹⁷ En sede del art. 31CVCIM, dice AUDIT, 1990, p. 80, que la entrega comprende todos aquellos actos a realizar por el vendedor para permitir que el comprador entre en posesión de las mercancías. También NEUMAYER/MING, 1993, p. 240. Cuando WIDMER, 2010, p. 497, reflexiona sobre la relación entre la entrega (*delivery*) y la cuestión del riesgo, señala que, en general, la solución adecuada es que el riesgo se transmita cuando el vendedor ha hecho todo lo necesario para cumplir sus obligaciones. Respecto, al art. IV.A-5:202 DCFR, referido a la transmisión del riesgo cuando la mercadería se pone en poder del porteador y que más adelante reproduciré, en VON BAR / CLIVE, 2009, p. 1385, se dice que esta regla «*is based upon the idea that the risk in general should pass when the seller has done everything possible to deliver the goods*».

La hipótesis de la puesta de la cosa en poder del porteador podría ser la *emptio perfecta* de nuestro tiempo: *periculum est emptoris*.

En el ámbito del Derecho alemán, se distingue con claridad el lugar de cumplimiento (*Leistungsort*) al que alude el § 269 BGB –residencia o establecimiento del deudor salvo acuerdo o que otro lugar se derive de las circunstancias– del lugar del resultado (*Erfolsort*)¹⁷⁹⁸. En sede del § 447 BGB¹⁷⁹⁹, relativo a la compraventa con expedición, se dice que el lugar del cumplimiento (*Erfüllungsort*)¹⁸⁰⁰ es el lugar en que el vendedor «*ultimately acts in order to bring about the result which he owes to the creditor*». Si el vendedor, a petición del comprador, pone la cosa en poder del porteador¹⁸⁰¹, en ese momento, realiza el último acto debido. No obstante, como todavía tiene que transmitirse la propiedad de las mercaderías al comprador, el resultado deseado de tal acto de cumplimiento no se logra hasta que los bienes son *hand over* [entregados/recibidos] al comprador en destino. Mientras que las mercaderías están en tránsito, el comprador pecha con el riesgo, aunque estrictamente hablando el *Erfüllung*, en el sentido de la extinción de la obligación mediante su cumplimiento [§ 362(1)

¹⁷⁹⁸ SCHULZE, 2020, p. 386.

¹⁷⁹⁹ § 447 BGB:

«*Passing of risk in the case of sales*» «*Gefahrübergang beim Versendungskauf*. shipment.

(1) *If the seller, at the request of the buyer, ships the thing sold to another place than the place of performance, the risk passes to the buyer as soon as the seller has handed over the thing over the forwarder, carrier or other person or body specified to carry out the shipment.* (1) *Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.*

(2) *If the buyer has given a particular instruction on the method of shipping the thing and the seller, without a strong reason, does not adhere to this instruction, the seller is liable to the buyer for the damage arising from this.* (2) *Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.*

¹⁸⁰⁰ A efectos prácticos, el *Erfüllungsort* del § 447.1 BGB equivale al *Leistungsort* al que alude el § 269 BGB.

¹⁸⁰¹ Nótese la amplitud del precepto alemán al referirse al tercero encargado de realizar el envío.

BGB¹⁸⁰²] se logra en el momento en que el comprador «*acquires possession and ownership of the goods*». Sin embargo, se insiste que cuando se habla de *Erfüllungsort*, «*this usually designates the place at which the debtor takes the last and decisive step in order to bring about this result*»¹⁸⁰³.

La regla en términos de transmisión del riesgo, al igual que el § 446 BGB¹⁸⁰⁴, se precisaría porque, estando el vendedor obligado a transmitir la propiedad al comprador, y teniendo en cuenta que el comprador soporta el riesgo de la prestación durante el envío¹⁸⁰⁵, si la mercadería se perdiese o se deteriorase (se llega a decir) durante el transporte, conforme al § 275(1) BGB el vendedor se vería relevado de su obligación del § 433(1) BGB y, en aplicación del § 326(1) 1 BGB, no tendría derecho a reclamar el precio¹⁸⁰⁶.

Como ya he indicado¹⁸⁰⁷, creo que se puede realizar un tratamiento singular de cada obligación en el seno del contrato; trocear el contrato, viendo que las diversas obligaciones se pueden ir cumpliendo en momentos dispares, y evaluar la repercusión que el cumplimiento o el incumplimiento de cada obligación tiene en el conjunto del contrato. El vendedor se compromete a un cumplimiento final; un resultado final. Pero este se desarrolla a través de la ejecución de diversas obligaciones, resultados puntuales, que poco a poco van satisfaciendo el crédito del comprador.

¹⁸⁰² § 362(1) BGB:

«*Extinction by performance.*

«*Erlöschen durch Leistung.*

(1) *An obligation is extinguished if the performance owed is rendered to the obligee.* (1) *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.*

¹⁸⁰³ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 357-358. *Vid.* también LOOSCHELDERS, 2021, pp. 185 y 186.

¹⁸⁰⁴ Capítulo 4, I.

¹⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 359.

¹⁸⁰⁶ SCHAUB, 2020, p. 790.

¹⁸⁰⁷ Capítulo 4, I.

En lo que concierne a la obligación de entrega en supuestos en que interviene el tercero encargado de su transporte, en vez de concebir tal puesta en poder del porteador de la mercancía como el hecho de hacer, por parte del vendedor, todo lo que le corresponde *para* cumplir y estructurar tal supuesto como una norma de transmisión del riesgo, cabría plantear directamente que tal *handing over* al porteador es propiamente el cumplimiento de la obligación de entrega y ello sin perjuicio del análisis que merezca el atender al cumplimiento e incumplimiento de otras obligaciones como la conformidad, la entrega de documentos o la transmisión de la propiedad. En realidad, esto que digo no es ninguna novedad y así lo hace el art. 31.a) CVCIM, que considera la puesta en poder del porteador de las mercaderías como cumplimiento de la obligación de entrega, aunque se ha considerado necesario articular en el art. 67 CVCIM normas sobre transmisión del riesgo para tal supuesto; técnica que ha sido reproducida por otros textos legales. Enseguida me refiero a todos ellos. Como ya he dicho, solo tiene sentido hablar de transmisión del riesgo cuando se impide acudir a los remedios ante el incumplimiento de la obligación de referencia a la que tal transmisión alude: tradicionalmente, la entrega.

En las notas explicativas de algunos de los INCOTERMS 2020 que prevén compraventas con expedición y la realización de la entrega por parte del vendedor mediante la puesta de la mercancía en poder del porteador por él contratado, encontramos reflexiones de interés. Respecto de las cláusulas CPT (*Carriage Paid To* - Transporte Pagado Hasta) y CIP (*Carriage and Insurance Paid To* - Transporte y Seguro Pagados Hasta) se indica que, una vez que se entrega poniendo la mercancía (*handing them over*) en poder del porteador, «el vendedor *no garantiza* que la mercancía llegue al lugar de destino en buen estado, en la cantidad estipulada [alusiones a la conformidad¹⁸⁰⁸] o incluso que llegue [alusión a la entrega final en destino]. Esto es así porque el riesgo se transmite del vendedor al comprador cuando la mercancía se entrega al comprador poniéndola en poder del porteador». Se dice que se trata de una «entrega *transmitiendo* el

¹⁸⁰⁸ Capítulo 4, III.

riesgo»¹⁸⁰⁹. Con relación a las cláusulas CFR (*Cost and Freight* - Costo y Flete) y CIF (*Cost Insurance and Freight* - Costo, Seguro y Flete), se aclara que «el riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque, de modo que se considera que *el vendedor ha cumplido su obligación de entregar* la mercancía tanto si esta realmente llega a su destino, o no, en buen estado, en la cantidad estipulada, o incluso si no llegara»¹⁸¹⁰.

Y ante semejantes declaraciones, ciñéndome a la obligación de entrega, si el contrato dice que el vendedor *garantiza* poner la cosa en poder del porteador y *cumple* la entrega en tal momento; si el contrato ha decidido repartir de este modo el riesgo, en el sentido más amplio de la palabra, en el complejo proceso del intercambio del objeto, afirmar que a partir de tal momento el riesgo se transmite al comprador porque el vendedor ha cumplido su obligación de entrega es un circunloquio innecesario. Se trata de un rodeo o duplicidad en las palabras¹⁸¹¹ de los que nos cuesta prescindir y que se justifica porque el vendedor y el contrato pueden detectar que, en efecto, la expectativa razonable del comprador es recibir la cosa en destino; aunque quizás esto ni siquiera sea así en todos los casos como, por ejemplo, sucede en un tráfico especulativo. Sea como fuere, ya sabemos que hay expectativas y aspiraciones que quedan fuera del contrato¹⁸¹² si así ha cincelado este el reparto del riesgo. Y en tales casos no hay nada frente a lo que reaccionar, nada que remediar, porque no hay incumplimiento.

Una cosa es cierta: una vez que aumentan las condiciones de seguridad del transporte y se consolida su profesionalización, así

¹⁸⁰⁹ ICC, 2019, pp. 45 y 55. Cursiva añadida.

¹⁸¹⁰ *Ibidem*, pp. 119 y 129. Cursiva añadida. En el ámbito del Derecho inglés, mismas reflexiones en DEBATTISTA, 1990, p. 3 con alusión, a las cláusulas CIF, C&F y FOB: «*he [el vendedor] does not guarantee that the goods will reach the buyer in any state or condition, within a given time or indeed at all*».

¹⁸¹¹ Por ejemplo, se encuentra en el discurso de SCHLECHTRIEM, 1984, p. 6.11: en cuanto el vendedor poner las mercaderías en poder del transportista, no solo cumple su obligación de entrega, sino que se transmite el riesgo al comprador.

¹⁸¹² Introducción, II.

como la figura del seguro de transporte, la nueva concepción de la obligación de entrega (puesta en poder del porteador de la mercancía) se justifica, como explica ALCOVER GARAU, no tanto porque se estime conveniente desde el punto de vista del cumplimiento de la obligación de entrega sino precisamente para transmitir el riesgo al comprador desde ese momento¹⁸¹³. Pero si el primer paso es la necesidad de atender al momento de la transmisión del riesgo y de aquí deviene el impacto no solo respecto a la nueva concepción de entrega en particular¹⁸¹⁴ sino también con relación al contrato en general, en un segundo paso habría que plantearse que dicha transmisión, específicamente considerada, ha perdido su particularidad y autonomía quedando diluida en el sencillo binomio que enfrenta al cumplimiento y el incumplimiento del contrato.

Por todo ello, quizás cabría prescindir del circunloquio al que antes me refería unas líneas más arriba y, *de lege ferenda*, así plasmarse en un ordenamiento jurídico como el español cuyas normas decimonónicas codificadas no aluden a las compraventas con entrega indirecta ni presentan normas sobre transmisión del riesgo para tales supuestos.

Como expuse en su momento, la regulación de la compraventa en general y la transmisión del riesgo en particular de los códigos decimonónicos españoles está estructurada para un contrato de ejecución en plaza; no es preciso que reitere aquí ideas ya expuestas. Tal circunstancia ha sido en particular denunciada respecto del Código de comercio, el cual presenta un «acusado desfase» con la realidad del

¹⁸¹³ ALCOVER GARAU, 1991, p. 76. *Vid.* su descripción de cómo se consolida la diferencia entre la compraventa con entrega directa y con entrega indirecta (pp. 73-76). Como señala LAGERGREN, 1954, p. 23, la forma en que la ley o el contrato fija el momento de la entrega indica que la cuestión del riesgo gobierna la cuestión de la entrega. En similar sentido a estos autores, LABANCA, 1968, p. 89.

¹⁸¹⁴ En un primer momento, señala LAGERGREN, 1954, p. 23, que contrariamente a la común interpretación de que el riesgo se transmite cuando el comprador ha cumplido su obligación *principal* –dice– del contrato, lo cierto es que la responsabilidad del vendedor en la entrega cesa con la transmisión del riesgo. Y a continuación señala: «*the seller's duty also apperar to continue up to the very moment of the transfer of the risk*».

tráfico mercantil¹⁸¹⁵. Según he podido comprobar, sí hay evidencias¹⁸¹⁶ de que parte de los preceptos recogidos por el Código de 1829 y que fueron reproducidos por el de 1885 (con particular interés, en lo que concierne a la cuestión del riesgo, el art. 331 Ccom¹⁸¹⁷) provienen de disposiciones contenidas en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que sí preveían compraventas con transporte y entrega en destino. Pero, aparte de que tal escenario se corresponde a una época ya pretérita que se ve superada y relegada a un segundo plano por la consolidación de la compraventa con entrega indirecta, el codificador mercantil prescindió del escenario que vio nacer tales disposiciones para ceñirlas a la compraventa en plaza. Así las cosas, conscientes tanto la doctrina¹⁸¹⁸ como la jurisprudencia¹⁸¹⁹ de la falta de previsiones expresas para la compraventa con entrega indirecta en el seno del Código de comercio, se recurre al art. 333 Ccom para darle encaje y afirmar que el concepto de la puesta a disposición acoge el de poner la mercancía en poder del porteador.

Con acierto, explica ALCOVER GARAU que las normas contenidas en el Código de comercio de 1885 no son adecuadas para regular la compraventa con entrega indirecta y que solo están pensadas para la compraventa con entrega directa. Con la puesta de la mercancía en poder del porteador no se produce ninguna puesta a disposición del comprador, sino que esta la realiza el transportista, y no el vendedor, en el punto de destino. Por lo tanto, tal concepto ni atiende la entrega indirecta y, en consecuencia, tampoco sirve para explicar la cuestión del riesgo en tal modalidad de compraventa¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁵ Vid. la crítica de ALCOVER GARAU, 1991, pp. 209-211.

¹⁸¹⁶ Siguiendo a MENÉNDEZ, 1955, pp. 8 y ss. —cuando explica que la venta a distancia se configura primitivamente como una venta a término y el autor desarrolla su evolución— detecta esta posibilidad ALCOVER GARAU, 1991, pp. 209-210.

¹⁸¹⁷ Capítulo 1, III, 4.

¹⁸¹⁸ GARRIGUES, 1964, p. 266.

¹⁸¹⁹ En particular la STS de 7 de junio de 1946.

¹⁸²⁰ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 208-210.

El autor realiza un excelente estudio, al que aquí brevemente me aproximo, en el que describe la compleja teorización con la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina, mutuamente influenciadas, tratan de interpretar las disposiciones del Código de comercio para acomodar a su letra la compraventa con entrega indirecta y equiparar la entrega al transportista con la puesta a disposición. En realidad, la abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta modalidad de compraventa está principalmente encaminada a resolver cuestiones de competencia procesal y en muy contadas ocasiones trata como tal la problemática de la transmisión del riesgo. No obstante, el Tribunal Supremo atiende a las cláusulas contractuales sobre esta materia precisamente para determinar el lugar de entrega y decidir la cuestión de la competencia judicial. Es en este punto donde sus pronunciamientos se juntan con los de la doctrina para elevar el concepto de la puesta a disposición a elevadas cotas de abstracción¹⁸²¹.

Según explica ALCOVER GARAU, en la primera mitad del siglo XX *parece*¹⁸²² que la jurisprudencia asume que el lugar de la entrega es el domicilio del comprador salvo que otra cosa pueda inferirse de las cláusulas contractuales, como cuando de estas se deriva que el riesgo se transmite en el momento del embarque o que la entrega tiene lugar en tal momento. En tales supuestos, el Tribunal Supremo entiende que se produce la puesta a disposición del art. 333 Ccom que, o bien se equipara a una *traditio ficta*, o bien se entiende que las partes la configuran como tal o que es consecuencia de una *traditio ficta* anterior.

Destaca el autor la STS de 7 de junio de 1946¹⁸²³ en la que sí se trata la cuestión de la transmisión del riesgo y se realizan reflexiones en la línea de las que se acaban de exponer. No he de proceder aquí a un

¹⁸²¹ Capítulo 1, III, 3, A).

¹⁸²² Explica el autor que en un primer momento la jurisprudencia sigue una línea dubitativa y confusa.

¹⁸²³ Comentada por GIRÓN TENA, 1946, pp. 129-139.

análisis de esta resolución. Muy brevemente, se venden seis fudres de vino a transportar en tren y, en destino, se comprueba que uno de ellos llega destrozado y vacío sin señales de haber sido golpeado durante el transporte. El TS falla que el riesgo ha de ser soportado por el comprador, recurre al art. 333 Ccom que ha de considerarse «básico» en la materia, alude a esa equiparación entre la puesta a disposición y la entrega material sobre la que no volveré a entrar¹⁸²⁴ y entiende que, de las cláusulas del contrato se deriva que la puesta la mercancía sobre vagón constituye «la tradición ficta al comprador antes de que se iniciase el transporte en que el riesgo se produjo» tal y como el art. 333 Ccom admite su interpretación. De no existir disposición contractual de la que derivar que la mercancía se transporta a riesgo del comprador, señala el TS que el riesgo sería soportado por el vendedor.

Precisamente por esto, porque las partes acuerdan la entrega «sobre vagón», entiende ALCOVER GARAU que, si el contrato se configura con entrega indirecta y esta se entiende cumplida al poner la mercancía sobre el vagón, en consecuencia, como se suele afirmar, el riesgo se transmite en tal momento y es absolutamente innecesario querer encajar el supuesto en el seno del art. 333 Ccom porque ya el propio contrato es el que resuelve estas cuestiones con las cláusulas de entrega¹⁸²⁵.

No obstante, no es extraño que el juzgador busque apoyo en la letra de la ley aplicable para refrendar el resultado al que conduce la cláusula contractual sobre la entrega. En la materia que aquí interesa, también se ha hecho en aplicación de la CVCIM. En la SAP de Córdoba (Sección 3.^a) de 31 de octubre de 1997¹⁸²⁶, la compraventa queda sometida a la cláusula CFFO, que el juzgador aproxima al término CFR, y se considera que el riesgo corresponde al comprador desde que la mercancía ha sido puesta a bordo del buque en atención a «los

¹⁸²⁴ Capítulo 1, III, 3, B).

¹⁸²⁵ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 213-216.

¹⁸²⁶ AC 1997\2063.

documentos obrantes en autos y el contenido de los artículos 31 y 67 [CVCIM]». El litigio entre comprador y vendedor versa sobre el origen de la oxidación que presentan los perfiles de acero objeto del contrato. Particular atención dedica OLIVA BLÁZQUEZ a esta resolución en la medida en que aborda el debatido tema de la interpretación de los términos comerciales en un contrato sometido a la CVCIM. Con relación a la invocación del art. 67 CVCIM, considera el autor que el juzgador acude al precepto «a mayor abundamiento» para sustentar la tesis de la transmisión del riesgo desde que las mercaderías sobrepasan la borda del buque¹⁸²⁷. En cambio, en la STS de 9 de diciembre de 2008¹⁸²⁸, que versa sobre una compraventa de mosto concentrado con cláusula «*ex factory*», ninguna mención se hace al art. 69.1 CVCIM. En el caso de autos, se aprecia incumplimiento por parte de la compradora en la retirada de un producto sensible al transcurso del tiempo que se ve degradado por el retraso de su recepción por parte de la compradora, que no se ajusta al programa escalonado de recogida del producto y establecido en atención a los tiempos requeridos para su elaboración, y la utilización de un transporte inadecuado.

Volviendo a la equiparación entre puesta a disposición del art. 333 Ccom y la entrega al transportista, insiste ALCOVER GARAU que es innecesaria en atención a las cláusulas contractuales que ya resuelven la cuestión e imposible –reitera– porque aquella solo tiene lugar en la venta directa o la realiza el transportista en destino¹⁸²⁹. Y del recurso al fenómeno traditorio se derivan esas complejas disquisiciones ya estudiadas y realizadas por la doctrina civilista y mercantilista en su análisis del art. 333 Ccom sobre las que no voy a volver a entrar.

Lo importante a destacar ahora es que incluso parte de los autores que pretenden encajar el supuesto de la entrega al transportista en el concepto de la puesta a disposición, son conscientes de la necesidad

¹⁸²⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 120-137.

¹⁸²⁸ RJ\2009\15.

¹⁸²⁹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 216.

de alejar tal circunstancia de la *traditio*¹⁸³⁰. En este sentido, dice GARRIGUES, con expresa mención a la compraventa con expedición, que, con la entrega de la mercancía al porteador, el vendedor cumple su obligación de entrega; pero añade: «Más nótese que en este caso no hay verdadera entrega desde el punto de vista del comprador hasta tanto que éste no entre en posesión de la cosa comprada o de los documentos que la representen. Si la entrega al porteador fuese verdadera entrega a los efectos de la venta sería difícil comprender qué sentido tendría entonces la remisión al comprador de los documentos representativos de la mercadería, como ocurre en la mayoría de las ventas con expedición»¹⁸³¹. En similar sentido, entiende MENÉNDEZ que el concepto de la puesta a disposición debe recibir un «valor general» para comprender la entrega de la mercancía al porteador. Se trata de la actividad que le corresponde al vendedor para procurar la entrega material de la cosa y que no agota la actividad del vendedor en la tradición de la cosa a ejecutar, normalmente, mediante la tradición simbólica¹⁸³². Y ALCOVER GARAU, que rechaza aplicar el concepto de la puesta a disposición a la entrega al transportista, añade a sus argumentos que precisamente en estos casos no hay puesta a disposición porque el vendedor normalmente retiene los documentos representativos de las mercaderías¹⁸³³; confundiendo a mi entender el concepto de la puesta a disposición del art. 333 Ccom con la facultad de disponer bien como acreedor, bien como propietario.

En efecto, como explico en las próximas páginas, en la medida en que el vendedor pueda retener los documentos representativos de la mercancía una vez entregada al porteador para asegurarse el pago del precio, está privando al comprador de la disponibilidad que, de tener tales documentos, gozaría como propietario. Otra cosa sería que, en el caso concreto, el vendedor no se encuentre en la necesidad de

¹⁸³⁰ No así, como ya se ha estudiado, DE COSSÍO Y CORRAL o ALONSO PÉREZ.

¹⁸³¹ GARRIGUES, 1964, p. 265.

¹⁸³² MENÉNDEZ, 1955, pp. 114-115.

¹⁸³³ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 216-217.

conservar los documentos y la disponibilidad de las mercaderías si, por ejemplo y debido a la confianza que se profesan ambas partes, el comprador ya paga antes de la entrega al transportista.

Concluiré este apartado citando de nuevo a ALCOVER GARAU que, con perspicacia, señala que la jurisprudencia y doctrina españolas «intentan convertir el concepto jurídico de la puesta a disposición en un concepto abstracto intermedio»¹⁸³⁴; mismo proceder que, tradicionalmente se ha hecho con el concepto de propiedad o ha hecho la ULIS con el de entrega y que la CVCIM rechaza con su enfoque tipológico. La clásica disciplina de la transmisión del riesgo en la compraventa siempre ha sido *algo* complejo de entender; dificultad que el concepto de la puesta a disposición viene a aclarar hasta que su significado es enturbiado en su aplicación a modalidades de compraventa para las que no está pensado.

Y toda esa jurisprudencia del TS que trataba de decidir en las compraventas con entrega indirecta cuestiones de competencia procesal y anecdóticamente abordaba la cuestión de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, a medida que constata la frecuencia con la que los pactos derogan esa regla de principios de siglo de que la entrega se producía a la llegada, modifica su criterio en la segunda mitad del siglo XX para afirmar ahora que, salvo pacto en contra, la entrega se entiende producida en el ámbito del domicilio del vendedor. ALCOVER GARAU realiza un exhaustivo estudio de toda esta segunda línea jurisprudencial que resuelve de forma exclusiva cuestiones de competencia procesal; jurisprudencia en la que, para determinar el lugar de entrega, también atiende a la cuestión de quien asume los gastos de transporte que, indirectamente, afectaría a quien «asume el riesgo del transporte» (portes pagados = lugar de entrega en establecimiento del comprador = mercancía transportada a riesgo del vendedor; portes debidos = lugar de entrega en establecimiento del vendedor = mercancía transportada a riesgo del comprador)¹⁸³⁵.

¹⁸³⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 221.

¹⁸³⁵ *Ibidem*, pp. 217-219.

Pero dado que se trata de una jurisprudencia que, como advierte el autor, solo resuelve cuestiones de competencia procesal y, como explicaré más adelante, no creo que la configuración de la puesta de la mercancía en poder del porteador como cumplimiento de la obligación de entrega haya de depender principalmente de qué parte asume los gastos del transporte, no me adentraré en esta última cuestión.

Diré, en fin, desde la perspectiva de la clásica disciplina de la transmisión del riesgo, que los conceptos de «poner a disposición» y «poner en poder del porteador» no es que sean equivalentes, sino que representarían esa idea que subyace a la articulación de la clásica transmisión del riesgo en la compraventa: el vendedor *ha hecho todo lo posible para cumplir* y, en su caso, a pesar del incumplimiento, no se ve privado del precio, es decir, el comprador no puede acudir a los remedios. Pero como ya he adelantado, es posible configurar la entrega al transportista como cumplimiento efectivo de la obligación de entrega y prescindir del circunloquio que, a mi entender, hoy en día representa el expediente de la transmisión del riesgo.

A continuación, analizo el supuesto de compraventa indirecta con particular atención al caso de compraventa con expedición. Dado que en el presente sub-epígrafe estoy analizando las compraventas que «implican transporte de mercaderías» me referiré posteriormente a la compraventa con entrega directa en destino; supuestos en los que la «puesta a disposición» se me antoja de nuevo problemática.

B) Compraventa con entrega indirecta

i) Particular atención a la compraventa con expedición

Los arts. 31.a) y 67 CVCIM regulan respectivamente el cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo en la compraventa que «implica el transporte de las mercaderías»; expresión acaso poco afortunada¹⁸³⁶ porque parece evidente –al menos así se subraya con relación a la compraventa internacional– que las mercaderías serán en efecto transportadas¹⁸³⁷. La expresión ha de significar algo más; concretamente, la intervención de un tercero ajeno a las partes al que se le encarga dicho transporte¹⁸³⁸. Y su amplia formulación posiblemente está justificada en el ámbito del art. 67 CVCIM y no tanto en el ámbito del art. 31.a) CVCIM; preceptos que paso ahora a transcribir¹⁸³⁹.

Art. 31.a) CVCIM:

«Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador».

Art. 67.1.I y II CVCIM:

«Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato

¹⁸³⁶ Expresión «*maladroite*» dice HEUZÉ, 2000, p. 217, respecto al art. 31.a) CVCIM. A primera vista, una tautología innecesaria, señala OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 84, con relación al art. 67 CVCIM. Muy crítica respecto a la letra de ambos preceptos, LINACERO DE LA FUENTE, 2007, p. 104.

¹⁸³⁷ NICHOLAS, 1987, p. 490.

¹⁸³⁸ *Idem*.

¹⁸³⁹ El art. 67 CVCIM lo transcribo parcialmente. Sus restantes párrafos los traeré a colación cuando proceda.

de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar».

Una primera comparativa entre los arts. 31.a) y 67.1.I CVCIM ya pone en evidencia la *coincidente* solución que ambos preceptos ofrecen para el cumplimiento de la obligación de entrega y la supuesta transmisión del riesgo; aspecto que de una u otra manera destaca la doctrina¹⁸⁴⁰, a pesar de que *formalmente* el texto convencional pretende dar respuesta separada a ambas cuestiones, y que a mi entender pone en evidencia la duplicidad normativa ante la que nos encontramos: sobra tanto afirmar que el cumplimiento de la entrega determina la transmisión del riesgo como las particulares normas sobre transmisión del riesgo separadas de la entrega, como proseguiré explicando en los próximos párrafos. No obstante, textos como los arts. IV.A.-2:201(2)¹⁸⁴¹ y IV.A.-5:202(2) y (3)¹⁸⁴² DCFR o los arts.

¹⁸⁴⁰ AUDIT, 1990, p. 88, dice que ambas reglas se corresponden exactamente. Para NEUMAYER/MING, 1993, p. 427, la entrega coincide con la transmisión del riesgo. Según WIDMER, 2010, p. 497, «*delivery and the passing of risk go hand in hand*». En atención a ambos preceptos, dicen BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 211-212, que el lugar de la entrega y de la transmisión del riesgo son «*largely identical*». Otra cosa se derivaría de los arts. 31.c) y 69.1 CVCIM, entiende los autores, conforme a una interpretación que, según ya he explicado, yo rechazo. También concuerdan ambos preceptos, ALCOVER GARAU, 1991, p. 194; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 527; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 928. HONNOLD, 2009, p. 312, señala que la cuestión del cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo son distintas, pero en atención a estos preceptos, señala que ambas reglas «*correspond closely*». Dicen BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 462, que los prerequisites del art. 67.1.I CVCIM son los mismos que en el art. 31.a) CVCIM.

¹⁸⁴¹ Art. IV.A.-2:201(2) DCFR: *Delivery: «If the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over the goods to the first carrier for transmission to the buyer and by transferring to the buyer any document necessary to enable the buyer to take over the goods from the carrier holding the goods».*

94.1(b)¹⁸⁴³ y 145.2 y 3¹⁸⁴⁴ CESL reproducen el proceder de los arts. 31.a) y 67.1.I y II CVCIM con el añadido, a mi entender incorrecto, de que estos textos requieren, para el cumplimiento de la obligación de entrega, la puesta de las mercaderías en poder del porteador *y además* entregar al comprador los documentos que le permitan recibir tales mercaderías del porteador¹⁸⁴⁵. En mi opinión, la obligación de entrega de documentos ha de tratarse de forma autónoma.

Sea como fuere, como estaba diciendo, esa poco concreta alusión a la compraventa «que implica transporte» se justifica en el art. 67.1 CVCIM porque el precepto no se reduce a los supuestos en que el vendedor es requerido o está autorizado por el contrato para expedir las mercaderías, aunque así se ha dicho en atención a los trabajos

¹⁸⁴² Art. IV.A.-5:202(2) y (3) DCFR: «(2) *If the seller is not bound to hand over the goods at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract.* (3) *If the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place*».

¹⁸⁴³ Art. 94.1(b) CESL: «Salvo que se haya convenido otra cosa, el vendedor cumplirá su obligación de entrega: (b) en otros casos en que el contrato incluya el transporte de los bienes por un transportista, poniéndolos a disposición del primer transportista [*handing over*, dice la versión inglesa; opino que la versión española utiliza una terminología incorrecta] para su transmisión al comprador y entregando a este último [*handing over*, dice la versión inglesa] cualquier documento necesario que le permita recoger los bienes en poder del transportista».

¹⁸⁴⁴ Art. 145.2 y 3 CESL: «2. Si el vendedor no está obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que los bienes se entreguen al primer transportista para que los haga llegar al comprador de conformidad con lo estipulado en el contrato. 3. Si el vendedor está obligado a entregar los bienes a un transportista en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que los bienes hayan sido entregados al transportista en dicho lugar».

¹⁸⁴⁵ Respecto al DCFR, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1260, se señala que el método de entrega refleja la relevancia del rol de los documentos en las compraventas internacionales y se describe el supuesto de la entrega al transportista [a mi entender erróneamente] como *excepción* a la [supuesta] regla general de que el riesgo se transmite al comprador cuando este *takes over* las mercaderías (p. 1385); descripción a mi entender errónea. Y con relación al CESL, apunta ZOLL, 2012, p. 448, que la entrega no se completa sin la entrega de los documentos al comprador. Ya ZOLL/WATSON, 2012, p. 613, critican una falta de completa coordinación entre los dos preceptos del CESL relativos al cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo.

preparatorios de la Convención¹⁸⁴⁶. El artículo pretende abarcar todo supuesto de compraventa con entrega indirecta y no solo las compraventas con expedición¹⁸⁴⁷; de la misma forma que los términos comerciales prevén casos en que es el vendedor el que concluye el contrato de transporte (INCOTERMS grupo C) y otros en que es el comprador el que organiza tal transporte (INCOTERMS grupo F). Así, se ha dicho que el art. 67 CVCIM se aplica siempre que el contrato prevea que *una de las partes* ha de disponer y organizar el transporte de las mercaderías a través de una tercera persona; el porteador¹⁸⁴⁸.

No obstante, en sede del art. 31.a) CVCIM, aunque la importancia práctica del precepto en general se considera escasa en la medida en

¹⁸⁴⁶ NICHOLAS, 1987, p. 490. El autor opina así porque, a su entender, en aquellos casos en que es el comprador quien debe organizar la recogida de las mercaderías, el contrato en la práctica no especificará el medio para proceder a tal recogida. Pero creo que se equivoca porque en la cláusula FCA INCOTERMS 2020, el comprador puede estar encargado de organizar el transporte por un tercero para la recogida de las mercaderías en el establecimiento del vendedor y se trata de un supuesto de compraventa con entrega indirecta en la que cobra importancia los documentos relativos al transporte a efectos del posterior pago del precio o la preparación de las mercaderías para su buen transporte. Es obvio que todas estas cuestiones quedan integradas *dentro* del contrato. SEVÓN, 1985, pp. 198-199, en línea con el anterior autor, también cree que el precepto se aplica cuando el vendedor es requerido o autorizado a enviar las mercaderías. Y añade, a mi entender equivocadamente, que no se aplica el precepto si es el comprador el que ha de proceder a recoger –dice– las mercaderías incluso aunque lo haga a través de un porteador independiente. Sigue al primer autor, BOLLÉE, 2001, p. 251.

¹⁸⁴⁷ ALCOVER GARAU, 1991, p. 194. Como explica el autor, que el precepto recoge el supuesto de compraventa con entrega indirecta se establece de forma explícita e implícita en el precepto. El art. 67.1.II CVCIM lo establece de forma explícita al requerir que el vendedor ponga las mercaderías en poder del porteador, no del comprador, en un lugar determinado. El art. 67.1.I CVCIM lo establece de forma implícita porque si el vendedor no está obligado a entregar en un lugar determinado, se excluye la compraventa en plaza, la compraventa a la llegada y además el supuesto del art. 67.1.II CVCIM que implica la entrega a un porteador en un lugar determinado. Señala CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 527, que resulta irrelevante, para la aplicación del precepto, que el vendedor actúe a su vez como expedidor o le corresponda celebrar el contrato de transporte al comprador. En este sentido, también BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 472.

¹⁸⁴⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 85-86.

que la mayoría de los contratos resolverán la cuestión que aborda¹⁸⁴⁹, no solo se dice que la compraventa con entrega indirecta constituye la regla general en la compraventa internacional¹⁸⁵⁰, sino que se indica que, en caso de duda, la interpretación del contrato generalmente conduce a entender que, no solo desde un punto de vista práctico sino también desde el legal, la obligación del vendedor de expedir (*dispatch*) las mercaderías constituye la regla; obligación de expedición (*Schickschuld*) que no hace al vendedor responsable directo del transporte, pues se entiende que la prestación de transporte no constituye una de las obligaciones contractuales típicas del vendedor, ni convierte el destino del transporte en el lugar de cumplimiento de la obligación de la entrega. En caso de duda, esta obligación no es de traslación (*Bringschuld*)¹⁸⁵¹. Y esta apreciación común¹⁸⁵², a pesar de alguna duda aislada¹⁸⁵³ o momentánea¹⁸⁵⁴,

¹⁸⁴⁹ LANDO, 1987, p. 251; NEUMAYER/MING, 1993, p. 240. Destaca FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 260, su carácter subsidiario. Misma reflexión respecto del art. 67 CVCIM en SEVÓN, 1985, pp. 199; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 928. También BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 112, en atención al uso de los términos comerciales. Pero la autora destaca que es habitual que el juzgador recurra a la norma con la finalidad de una interpretación y aplicación adecuada del término comercial.

¹⁸⁵⁰ AUDIT, 1990, p. 81; NEUMAYER/MING, 1993, p. 241.

¹⁸⁵¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 260; WIDMER, 2010, pp. 496 y 498-499, que atiende a los arts. 9 y 8 CVCIM, más que al orden de colocación de los apartados sobre la entrega en el art. 31 CVCIM y las normas sobre la transmisión del riesgo en los arts. 67 y ss. CVCIM. Según el autor, «“carriage” must be construed as meaning the dispatch of the goods “for transmission to the buyer”».

¹⁸⁵² SCHLECHTRIEM, 1984, p. 6.11; VON HOFFMANN, 1986, pp. 284-286. Dice LANDO, 1987, p. 253-254, que en caso de duda el vendedor ha de tomar la iniciativa y proceder a la expedición. También NEUMAYER/MING, 1993, p. 242, apelando a los arts. 7, 8 y 9 CVCIM. No lo dice expresamente, pero parece que HONNOLD, 2009, pp. 311-312, también baraja que el precepto recoge el supuesto de expedición. Hace expresa alusión a los INCOTERMS del Grupo C. HEUZÉ, 2000, p. 220; TAMAYO CARMONA, 2000, p. 17.

¹⁸⁵³ Apunta HEUZÉ, 2000, p. 217, que el contrato «que implica transporte» del art. 31.a) CVCIM se refiere principalmente a la compraventa con expedición (encaminar la mercadería hasta el destino convenido) si bien, ante la amplitud de la fórmula, *cabría* entender que engloba también la compraventa en que el comprador hace conocer al vendedor la intención de recurrir a un transporte determinado y designado por el contrato para el envío de la mercancía y que tendría que organizar. No obstante, señala el autor, si el comprador no hace saber al vendedor si procederá el mismo a retirar las mercaderías o si se lo encargará a un tercero, parece que el art. 31.a) CVCIM es inaplicable. Con relación al art. 94.1.b) CESL, dice ZOLL, 2012, p. 448, que debe interpretarse en un sentido amplio y no solo como relativo al

incluso se reproduce con relación al supuesto del art. 67.1.I CVCIM¹⁸⁵⁵ en la medida en que, como antes he señalado, se acostumbra a concordar los arts. 31.a) y 67.1.I CVCIM¹⁸⁵⁶.

A mi entender, en sede de cumplimiento de la obligación de entrega habría de prescindirse, *de lege ferenda*, de esa alusión a la compraventa que «implica el transporte de las mercaderías» y recurrir no al solo al requerimiento de la expedición por parte del comprador, como hace el § 447 BGB, sino al binomio «autorización o requerimiento» a la expedición como se baraja al comentar el art. 67 CVCIM o también puede leerse en la sub-s. 32(1) SGA¹⁸⁵⁷ o en la

supuesto en que el vendedor concluye el contrato de transporte. Pero insiste WIDMER, 2010, p. 499, que el art. 31.a) CVCIM no incluye aquellos supuestos en los que la retirada de las mercaderías las realiza el propio comprador o lo encarga a un tercero independiente.

¹⁸⁵⁴ BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 207, indican que el precepto no establece si es el vendedor o el comprador el que tiene que organizar el transporte, pero de la estructura de la norma resulta claro que ello forma parte de la obligación de entrega del vendedor. Insisten que el vendedor no está obligado a trasladar la mercancía a destino: lugar de entrega y destino no son lo mismo.

¹⁸⁵⁵ En opinión de ANGELICI, 1981, p. 229, no hay duda de que, en el caso de mercancías a transportar, debe presumirse que la compraventa es con expedición, tal y como resulta del art. 67.1.I CVCIM. También hablan de compraventa con expedición con específica alusión al art. 67.1.I CVCIM NEUMAYER/MING, 1993, p. 426-427; HEUZÉ, 2000, p. 327.

¹⁸⁵⁶ Dice BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 114 que, aunque la redacción de este precepto no se opone a la interpretación contraria, pues nada dice al respecto, «seguramente los redactores estaban pensando en aplicar la primera regla a los supuestos en que el vendedor se encarga de elegir y contratar el transporte y, en cambio, la segunda a aquellos en los que el comprador debe designar el transportista y elegir el lugar de entrega determinado». Pero esto no tiene por qué ser así en la medida en que la regla segunda del art. 67.1 CVCIM parece inspirarse en términos comerciales más tradicionales entre los que se encuentran las cláusulas CFR o CIF y en las que, a menos que las partes acuerden el punto de entrega, ello corresponde al vendedor quien entrega a un porteador *en un lugar determinado* (inciso segundo del precepto) y no al primer transportista (inciso primero del precepto). También respecto al art. IV.A.-5:202(3) DCFR, que corresponde al art. 67.1.II CVCIM, se dice que el supuesto generalmente solo cubre el caso en que se supone que es el comprador quien organiza el transporte (VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1384).

¹⁸⁵⁷ Sub-s. 32(1) SGA: «*Where, in pursuance of a contract of sale, the seller is authorised or required to send the goods to the buyer, delivery of the goods to a carrier (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer is prima facie deemed to be a delivery of the goods to the buyer*».

sub-s. 2-504(a) UCC relativa a la expedición por el vendedor¹⁸⁵⁸ y la sub-s. 2-509(1)(a) UCC relativa a la transmisión del riesgo¹⁸⁵⁹. Y los motivos para sostener tal opinión se me antojan comprensibles: por un lado, si un contrato prevé un supuesto de compraventa con entrega indirecta, el régimen dispositivo ha de partir de la base de que tal entrega indirecta ha de coordinarla el vendedor por estar en mejor posición para gestionar la expedición. Por otro lado, si el contrato en particular pretende que tal entrega indirecta la gestione el comprador, ello ya tendría encaje en sede de su obligación de recibir que, como ya se ha explicado, incluye la realización de aquellos actos que permitan al vendedor cumplir su obligación de entrega¹⁸⁶⁰.

Curiosamente, al menos para mí, el art. 511-3.b) PCM, en sede de obligación de entrega, sigue apelando a dicha idea del «contrato que contempla el transporte» a cargo del vendedor o del comprador¹⁸⁶¹, el art. 511-5 PCM se rubrica «entrega con expedición» para referirse *expresamente* al caso en que el vendedor debe disponer del transporte mediante los contratos necesarios a tal efecto¹⁸⁶² y el art. 511-15.2 PCM, en sede de transmisión del riesgo, atiende a las «ventas con

¹⁸⁵⁸ S. 2-504 UCC: «*If the seller is required or authorized to send the goods to the buyer and the contract does not require him[.] the seller[.] to deliver them at a particular destination, then[.] unless otherwise agreed[.], the seller must: (a) put conforming goods in the possession of a carrier [...]*»

¹⁸⁵⁹ S. 2-509(1)(a) UCC: «*(1) If the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier: (a) if it does not require the seller to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are delivered to the carrier [...]*».

¹⁸⁶⁰ Cfr. el ya estudiado art. 60.a) CVCIM y los ejemplos ya expuestos y que muestran los INCOTERMS 2020.

¹⁸⁶¹ Art. 511-3.b) PCM: «Salvo que el vendedor esté obligado en virtud del contrato a entregar el bien en un lugar determinado, la entrega se efectuará: b) Poniendo el bien en poder de primer porteador, si en el contrato se contempla su transporte, sea éste a cargo del vendedor o del comprador».

¹⁸⁶² Art. 511-5: «1. Si el vendedor estuviera obligado a disponer el transporte del bien, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado en el contrato por los medios adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte. 2. Si el vendedor no estuviera obligado a contratar el seguro de transporte deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro».

expedición»¹⁸⁶³ cuando se supone que, precisamente, es en las normas de transmisión del riesgo donde se valora la posibilidad de que el transporte lo gestione el vendedor o el comprador (compraventa con entrega indirecta en general y no solo con expedición) y lo que justifica la amplia expresión de «compraventa que implique transporte».

El art. 511-15.2 PCM es resultado de recortar el art. 67.1 CVCIM, al suprimir el párrafo II de este, y creo que el resultado no es muy afortunado. Dice el precepto del proyecto español: «En las ventas con expedición, si el vendedor no se ha obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se pongan en poder del primer porteador [...]». Tan solo dejo apuntadas dos notas.

Por un lado, tal y como ha quedado redactado, no se entiende muy bien a qué se refiere el precepto con la entrega «en un lugar determinado». En el art. 67.1.I CVCIM se comprende perfectamente esta mención porque el párrafo II alude a la entrega a *un porteador en un lugar determinado*; no se trata de la entrega al comprador. Pero como el proyecto español prescinde de tal párrafo II, una lectura literal del art. 511-15.2 PCM puede dar a entender –y quizás es lo que pretende el redactor de la norma al eliminar el supuesto del art. 67.1.II CVCIM– que el precepto contempla la entrega en destino. Y es evidente que, en tal caso, no nos hallaríamos ante una compraventa con expedición (entrega indirecta) por mucho que el precepto proyectado inicie su letra con alusión a esta.

Por otro lado, si la intención del redactor del PCM es sencillamente aligerar el art 67 CVCIM –que, en efecto, es denso– y se ha de entender que esa alusión a la entrega «en un lugar determinado» sí

¹⁸⁶³ Art. 511-15.2 PCM: «En las ventas con expedición, si el vendedor no se ha obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se pongan en poder del primer porteador, siempre y cuando estuvieran claramente identificados. Si no lo estuvieran en tal momento, el riesgo se transmitirá cuando se proceda a su clara identificación». A la cuestión de la identificación de las mercaderías aludo más adelante.

quiere decir entrega «a un porteador en un lugar determinado», tampoco nos hallaríamos propiamente ante una venta con expedición, sino –como bien se ha dicho respecto al art. 67.1.II CVCIM– ante una modalidad de entrega mixta a medio camino entre compraventa con entrega a la llegada (al porteador en el lugar determinado) y con entrega indirecta (quizás expedición por el vendedor, quizás transporte a organizar por el comprador). En tal supuesto, corresponde al vendedor el transporte de las mercaderías hasta un lugar determinado para entregarlo a un porteador, y no al comprador o su representante, para que sea aquel quien se la traslade a este¹⁸⁶⁴.

Como decía, el art. 67.1 CVCIM es denso en exceso y, *de lege ferenda*, creo que el supuesto al que atiende su párrafo II, que además se considera problemático, es prescindible y tampoco ha de sobrevivir en esa manera diluida que presenta el art. 511-15.2 PCM¹⁸⁶⁵ ni en sede de entrega ni, por supuesto, en sede de unas normas de transmisión del riesgo que yo cuestiono. Solo habría de conservarse, en lo que concierne a la compraventa con entrega indirecta, la compraventa con expedición.

Los párrafos I y II del art. 67.1 CVCIM se suelen presentar sobre la base de una relación de regla general y regla especial o excepción¹⁸⁶⁶, al menos desde un punto sistemático y no desde el punto de vista práctico¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ ANGELICI, 1981, p. 234; ALCOVER GARAU, 1991, p. 194; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 463.

¹⁸⁶⁵ Si es que esta es la intención del redactor de la norma porque, como digo en el texto, quizás quiere eliminar de la PCM esa previsión específica de entrega a un porteador en un lugar determinado.

¹⁸⁶⁶ VON HOFFMANN, 1986, pp. 286-288; NICHOLAS, 1987, p. 490; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 88 y 117; BRIDGE, 2008, p. 86. HONNOLD, 2009, pp. 517 y 521; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 928.

¹⁸⁶⁷ Como señala OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 117, en nota a pie de página, la calificación de excepción al inciso segundo del art. 67.1 CVCIM respecto al inciso primero proviene de la estructura de la norma, si bien en la práctica comercial internacional la transmisión del riesgo en un punto intermedio del transporte (entrega a un porteador en un lugar determinado) no es en absoluto excepcional. BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 126, señala que la regla especial ha sido y sigue siendo muy frecuente en las compraventas con transporte marítimo.

A pesar de los distintos enfoques teóricos con los que, en el ámbito comparado, se trata de ordenar la cuestión de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, el art. 67 CVCIM responde a la idea común¹⁸⁶⁸ de que la entrega al porteador independiente transmite el riesgo al comprador, *rectius* determina el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor. Ya hemos visto el art. 5424-2 *Code des transports*, la s. 18 regla 5(2) SGA, la sub-s. 2-509(1)(a) UCC, el § 447 BGB, el art. IV.A.-5:202(2) y (3) DCFR y el art. 145.2 y 3 CESL a los que cabe sumar, como antecedente de la Convención, los art. 19.2 y 97.1 ULIS¹⁸⁶⁹.

De nuevo, son razones de tipo práctico las que conducen a este planteamiento. En ese ambiente al que ya he aludido en que aumentan las condiciones de seguridad del transporte y se consolida su profesionalización, así como la figura del seguro de transporte, se afianza el criterio de que el comprador soporta el riesgo desde que el vendedor entrega la cosa al transportista para su traslado al comprador; momento en que el vendedor *pierde el control* material y directo sobre las mercaderías. Se considera que el comprador se encuentra en mejor posición que el vendedor para comprobar los eventuales daños producidos en las mercaderías, una vez que las recibe, y reclamar contra el porteador o el asegurador, así como para ocuparse y disponer de dichas mercaderías una vez que alcanzan su destino; comprador que, conforme a la práctica comercial a la que posteriormente aludiré y que articula el intercambio del precio por los documentos relevantes relativos a las mercaderías, tendrá dichos documentos, apuntalando su mejor posición respecto de las mercaderías, en el momento en que estas arriban y procede a su

¹⁸⁶⁸ Como dice HONNOLD, 1984, p. 8.4, al preparar el texto convencional, la regla básica del art. 67 CVCIM probablemente ya estaba predeterminada en atención al peso de los derechos nacionales y la práctica comercial.

¹⁸⁶⁹ Art. 19.2 ULIS: «Where the contract of sale involves carriage of the goods and no other place for delivery has been agreed upon, delivery shall be effected by handing over the goods to the carrier for transmission to the buyer». Art. 97.1 ULIS: «The risk shall pass to the buyer when delivery of the goods is effected in accordance with the provisions of the contract and the present Law». Ya remarca TUNC, 1966, p. 372, que la regla es conforme a los usos internacionales.

examen¹⁸⁷⁰. Se considera, en definitiva, que el comprador se encuentra en una situación de mayor accesibilidad con relación a las mercaderías¹⁸⁷¹. Como explicaba antes, y dejan claro los INCOTERMS, esos daños no son algo que entren dentro de la garantía del vendedor y, por lo tanto, no cabe hablar de incumplimiento; ya ha cumplido su obligación de entrega¹⁸⁷².

El criterio de la entrega al transportista no es una regla indiscutida y se ha señalado que tal vez no es la más idónea cuando el vendedor es quien elige al transportista y está en situación de darle instrucciones, es decir, actúa como expedidor, de forma que habría de pechar con el riesgo durante el transporte¹⁸⁷³; lo cual es tanto como decir que no habría cumplido su obligación de entrega. En efecto, se ha dicho que el criterio de la entrega al transportista no se justifica, como tal, en términos de control porque, tras la entrega al transportista, ni el vendedor ni el comprador tienen el control físico de las mercaderías. En la práctica, a decir verdad, tras la expedición el vendedor normalmente tiene el control de las mercaderías o, al menos, su disposición¹⁸⁷⁴. Y ante tal planteamiento cabe decir que, como expedidor, el vendedor responderá por la adecuación del transporte contratado, las eventuales instrucciones que pueda darle al porteador o incursiones en el transporte. Además, llegará un momento en que, intercambiado el precio por los documentos relevantes, dicho control desaparecerá o carecerá de razón de ser. Nos asomamos, de nuevo, a eventuales incumplimientos frente a los que procederían los remedios.

Del mismo modo, se ha cuestionado si el criterio de la entrega al transportista, acaso reflejo de un tiempo en que el objeto del tráfico

¹⁸⁷⁰ Consideraciones al respecto en HONNOLD, 1984, p. 8.5 y 2009, pp. 312 y 518-519; ROTH, 1979, p. 296; ANGELICI, 1981, p. 229; GOODFRIEND, 1984, p. 596; NICHOLAS, 1987, p. 494; ALCOVER GARAU, 1991, p. 196; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 528; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 90; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 298.

¹⁸⁷¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 196.

¹⁸⁷² Capítulo 4, III.

¹⁸⁷³ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 258.

¹⁸⁷⁴ VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1385. Aunque, a pesar de esto, se retorna al argumento de la eventual reclamación del comprador contra el porteador o la compañía aseguradora.

internacional era principalmente materias primas, es adecuado para todo tipo de mercaderías, en especial para productos de alta tecnología cuyos daños en tránsito podrán ser mejor evaluados por el vendedor que por el comprador, dependerán en gran medida del embalaje proveído por el vendedor y su reparación requerirá posiblemente de piezas o técnicas que solo el vendedor puede proporcionar. Así se plantea que, en estos casos, sería mejor que el vendedor soporte el riesgo del tránsito¹⁸⁷⁵; lo cual, una vez más, equivaldría a decir que no ha cumplido su obligación de entrega. No obstante, se ha apuntado que, en estos supuestos, normalmente nos encontramos ante contratos mixtos en los que el vendedor se obliga a prestar servicios y asistencia para el pleno funcionamiento e instalación de estos productos y maquinarias complejas, tampoco se puede afirmar que el comprador carezca en todo caso de pericia o conocimiento técnico sobre los productos que está adquiriendo y que en tales casos lo importante, en fin, es atender al régimen de verificación de los daños; señalándose la oportunidad de pactar contractualmente la obligación del vendedor de inspeccionar el funcionamiento de la mercadería para determinar el origen del daño y ubicar la carga de la prueba sobre el vendedor para que demuestre que el daño se debe a caso fortuito (posterior al cumplimiento de su obligación de entrega, entiéndase)¹⁸⁷⁶.

Nos asomamos a aspectos atinentes al cumplimiento de eventuales obligaciones de instalación y a la conformidad de la mercancía con el contrato y cuyo cumplimiento e incumplimiento habrá de tenerse en cuenta al lado del cumplimiento de la obligación de entrega con la

¹⁸⁷⁵ HONNOLD, 1984, pp. 8.5-8.8. y 2009, pp. 519-520, quien explica las dificultades tanto para plantearse revertir la regla general como para admitir excepciones a determinadas categorías de productos; ALCOVER GARAU, 1991, p. 198; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 127; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 928.

¹⁸⁷⁶ Con profusión sobre estos aspectos, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 98-102. En su estudio de los INCOTERMS, BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 133-139, entiende que en estos supuestos procede el recurso a los términos del grupo D (entrega a la llegada) aunque detecta problemas en su aplicación respecto a la instalación de estos productos y la comprobación de su buen funcionamiento. No obstante, estas son cuestiones que se ventilan precisamente por el cumplimiento de esas obligaciones de instalación y el análisis de la conformidad.

puesta en poder del transportista. De nuevo, sobresale la necesidad de conceder a cada obligación un tratamiento diferenciado.

Sea como fuere, no ahondaré aquí sobre posibles cuestionamientos al asentado criterio del cumplimiento de la obligación de entrega al porteador independiente; *primer* porteador, dice expresamente los art. 31.a) y 67.1.I CVCIM, que incluye el transporte local que conduce al porteador internacional¹⁸⁷⁷. Se destaca la adecuación de la regla con las más recientes prácticas comerciales que, por un lado, consideran suficiente la puesta de la mercancía en poder del transportista y no requieren, como los INCOTERMS más antiguos que sea cargada en –FOB, CFR o CIF– o situada al costado de –FAS– el medio de transporte¹⁸⁷⁸ y, por otro lado, recurren a los contenedores como medio más adecuado para enviar mercaderías de un país a otro; utilización de contenedores que, a su vez, anima el transporte multimodal. De esta forma, los bienes son embalados e introducidos en el contenedor¹⁸⁷⁹ que es sellado para ser trasladado, a través de distintos tipos de transporte, hasta el comprador o un punto cercano a este¹⁸⁸⁰; período de tiempo en el que sería muy difícil e incluso imposible determinar donde se ha producido el daño y de ahí la conveniencia de que el comprador soporte el riesgo [léase, se

¹⁸⁷⁷ HONNOLD, 1984, pp. 8.10-8.11; GOODFRIEND, 1984, p. 595; SEVÓN, 1985, p. 200; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 106-107; quien señala que solo se debe excluir el transporte interlocal cuando las partes pactan expresamente la obligación del vendedor de entregar los bienes a un porteador en un lugar determinado (art. 67.1.II CVCIM). También HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 929, pensando que además es la solución más acorde en caso de uso de contenedores; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 121, para evitar la división del riesgo. En contra, VON HOFFMANN, p. 286; NEUMAYER/MING, 1993, p. 432. Aunque modulan esta opinión en caso de uso de contenedores.

¹⁸⁷⁸ Destaca HONNOLD, 2009, p. 519, que cuando el transportista está en posición de aceptar la custodia de las mercaderías antes de su carga en el medio de transporte, sería difícil determinar si el daño descubierto en destino sucedió antes, durante o después de cargar el medio de transporte.

¹⁸⁷⁹ Al concreto lugar donde tal actuación tiene lugar, es decir, al concreto lugar del cumplimiento de la obligación de entrega, aludo más adelante.

¹⁸⁸⁰ HONNOLD, 2009, p. 516 y 519; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 88-89.

considere cumplida la obligación de entrega del vendedor] con la entrega al primer transportista¹⁸⁸¹.

La regla del 67.1.I CVCIM se corresponde con los términos comerciales más recientes, como FCA, CPT y CIP; términos que ya se conciben para ser utilizados cuando se emplea más de un modo de transporte y, en particular, respecto a los dos últimos se señala que en caso de que se recurra a varios porteadores, la posición por defecto es que el riesgo se transmite [*rectius* la obligación de entrega se cumple] cuando la mercancía se entrega al primer porteador¹⁸⁸².

En sede del art. 31.a) CVCIM se ha dicho que, con esa referencia al primer porteador, el texto convencional contempla, por lo tanto, como norma los casos que presentan complejidad en el transporte cuando en muchos casos solo habrá un porteador implicado¹⁸⁸³. No obstante, la referencia al *primer* transportista se comprende no solo en atención a lo que es una práctica habitual, sino también por lo dispuesto en el criticado art. 67.1.II CVCIM.

Esta previsión, relativa al supuesto en que el vendedor está obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, pretende recoger la práctica correspondiente a los INCOTERMS más antiguos¹⁸⁸⁴ en la que, al tener el vendedor su establecimiento en un punto interior y se acuerda el envío de las mercaderías mediante transporte marítimo¹⁸⁸⁵, el riesgo –tal y como se formula la cuestión tradicionalmente– no se transmite al comprador hasta que la mercancía es colocada a bordo del buque –FOB, CFR, CIF– o a su costado –FAS–. De esta forma, el transporte terrestre es

¹⁸⁸¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 199.

¹⁸⁸² *Vid.* las notas explicativas en ICC, 2019, pp. 32, 46 y 56. Esta última reflexión no se hace respecto al término FCA porque es el comprador quien contrata el transporte desde el establecimiento del vendedor.

¹⁸⁸³ BRIDGE, 2008, pp. 86-87.

¹⁸⁸⁴ VON HOFFMANN, 1986, pp. 287-289; ALCOVER GARAU, 1991, p. 200; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 115-116.

¹⁸⁸⁵ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 930.

considerado como preparatorio del transporte marítimo¹⁸⁸⁶ ya sea operado por el propio vendedor o encargado a un tercero¹⁸⁸⁷.

La solución se considera inconsistente con los criterios que informan el art. 67 CVCIM, aunque se entiende que refleja la probable intención de las partes contenida en una cláusula que determine la entrega al transportista en un determinado lugar¹⁸⁸⁸. En efecto, aunque esta regla se pueda considerar lógica cuando el vendedor utiliza sus propios medios de transporte, no lo sería si se recurre a un transportista independiente o si se emplean contenedores; caso en que será muy difícil determinar cuándo se ha producido el daño¹⁸⁸⁹ y se posibilita la «división del riesgo en tránsito» (*splitting the transit risk*), de forma que el vendedor es responsable de una parte de este durante el transporte y el comprador asume la restante. Ello se considera contrario a las modernas prácticas del transporte multimodal y crea el caldo de cultivo de posibles litigios¹⁸⁹⁰. De ahí que se apele a una interpretación estricta de esta regla¹⁸⁹¹ y su aplicación en caso de pacto expreso¹⁸⁹². Y si no parece admisible recurrir a la regla del inciso primero del precepto –apartando la del inciso segundo– en caso de que el transporte terrestre lo realice un porteador independiente, porque sería tanto como volver superflua esta previsión¹⁸⁹³, algún

¹⁸⁸⁶ «*Inland o preparatory sea transit*», dice ANGELICI, 1981, p. 234.

¹⁸⁸⁷ NICHOLAS, 1987, pp. 491-492, con profusión de argumentos; HONNOLD, 2009, p. 522; AUDIT, 1990, p. 88; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 533; HEUZÉ, 2000, p. 327; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 930; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, pp. 463-464.

¹⁸⁸⁸ HONNOLD, 2009, p. 522.

¹⁸⁸⁹ ROTH, 1979, p. 279; ALCOVER GARAU, 1991, p. 200; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 128.

¹⁸⁹⁰ HONNOLD, 2009, pp. 522-523. Destacan BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 464, en este escenario el interés del vendedor de que las mercaderías sean inspeccionadas para obtener un certificado de calidad para probar que las mercaderías eran conformes en el momento relevante.

¹⁸⁹¹ *Vid.* las explicaciones de VON HOFFMANN, 1986, pp. 288-289.

¹⁸⁹² OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 117. De no haber clara estipulación al respecto, se aplicaría la regla del primer inciso del art. 67.1 CVCIM dice AUDIT, 1990, p. 88.

¹⁸⁹³ NICHOLAS, 1987, p. 492. Tras un detenido estudio con atención a la historia legislativa de la norma, GOODFRIEND, 1984, pp. 589-597, en cambio, cree que el texto permite diferentes interpretaciones en perjuicio de una deseable unificación de criterio.

autor ha planteado tal posibilidad para el caso de uso de contenedores¹⁸⁹⁴; aunque parece una propuesta aislada¹⁸⁹⁵.

Los INCOTERMS 2020 también se hacen eco de este problema y, en sus notas explicativas, se destaca que las cláusulas FAS, FOB, CFR y CIF son términos que solo han de utilizarse para el transporte por mar y vías navegables cuando la intención de las partes es que la *entrega* tenga lugar al colocar la mercadería al costado –FAS– o a bordo de un buque –FOB, CFR y CIF–. Por ello, se señala que no serían reglas adecuadas cuando se utilice más de un modo de transporte; caso habitual cuando las mercaderías se pone en poder de un porteador, antes del momento fijado para la entrega según los anteriores términos comerciales, en una terminal de contenedores. Para tales supuestos, se recomienda respectivamente recurrir a los términos FCA, CPT y CIP¹⁸⁹⁶.

Se trata de una problemática que no voy a abordar más allá de estas notas. Su internacionalidad excede a mi intención en estos párrafos que se encamina a proponer una regulación de la entrega en la compraventa con expedición que prescinda de las sobrantes normas sobre la transmisión del riesgo. Los siguientes apartados toman este camino.

ii) Puesta en poder del primer porteador

Con relación a la expresión «puesta en poder del primer porteador» cabe realizar con brevedad las siguientes tres indicaciones.

¹⁸⁹⁴ ANGELICI, 1981, p. 235. Sin afirmarlo de tal manera, GOODFRIEND, 1984, p. 593, viene a decir que en la práctica el comprador asume el riesgo.

¹⁸⁹⁵ HONNOLD, 2009, p. 522, señala que, en caso de uso de contenedores, el vendedor debería proponer una cláusula contractual que evite la división del riesgo.

¹⁸⁹⁶ ICC 2019, pp. 99, 109, 119 y 129. Como subraya GOODFRIEND, 1984, p. 580: «*with the containerization revolution and multimodal shipment, a policy against splitting the transit risk should be paramount*».

En primer lugar, para que el vendedor cumpla su obligación de entrega, «poner en poder» quiere decir que ha de entregar materialmente las mercaderías al porteador; que queden bajo su custodia. Así se dice tanto en sede del art. 67¹⁸⁹⁷ como del 31 CVCIM¹⁸⁹⁸. En definitiva, este debe aprehenderlas¹⁸⁹⁹ sin que sea suficiente el mero hecho de preparar las mercaderías para su expedición¹⁹⁰⁰. Si se quiere, se trata de aplicar la lógica de la entrega directa, tal y como la he explicado, pero entre vendedor y porteador¹⁹⁰¹.

En segundo lugar, como ya se ha adelantado en los anteriores párrafos, ha de tratarse de un tercero independiente que no se concibe como colaborador ni del vendedor¹⁹⁰² ni del comprador¹⁹⁰³. La nota de

¹⁸⁹⁷ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 529; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 929; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 118. Señala HONNOLD, 2009, p. 520, que la expresión «*hand over*» se utiliza para denotar una transmisión de la posesión. También ZOLL/WATSON, 2012, p. 612 con relación al CESL. Para el DCFR, se dice en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1384, se alude al momento en que las mercaderías se sitúan en el área de control del porteador.

¹⁸⁹⁸ «*Physical possession*» señala ROTH, 1979, p. 296; «*surrender custody*»; «*physical custody*», dice WIDMER, 2010, pp. 501 y 503. También BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 207. Para BRIDGE, 2008, p. 86, que la expresión en el art. 67 CVCIM de «*hand over*» es preferible a la de «*delivery*», si bien destaca que tal expresión no deja de ser equivalente al cumplimiento de la obligación de entrega que establece el art. 31 CVCIM.

¹⁸⁹⁹ HEUZÉ, 2000, p. 219, dice que el porteador debe «*prendre en charge*» de las mercaderías, lo que supone en todo caso su presencia física. «Efectiva aprehensión material», dice TAMAYO CARMONA, 2000, pp. 18 y 79.

¹⁹⁰⁰ WIDMER, 2010, p. 504.

¹⁹⁰¹ Con todo lo dicho hasta ahora, creo que no debo dedicar más tiempo a refutar planteamientos como los de OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 83, que, en sede del art. 31 CVCIM, trae a colación esa idea de que «poner en poder del porteador» es poner la mercancía a disposición del comprador; concepto este último que, en opinión errónea del autor, se extiende a todos los casos contemplados en el precepto. Con anterioridad, parece que BIANCA, 1981, p. 142, también recurre a la puesta a disposición como concepto general que describe en todo caso en que consiste la obligación de entrega. También erróneamente, LABANCA, 1968, p. 93, sostiene que «la entrega al porteador resulta ser en la relación que corre entre vendedor y comprador el *acto unilateral de puesta a disposición*». La cursiva es del autor.

¹⁹⁰² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 261.

¹⁹⁰³ Con relación a la regulación del DCFR, se ha dicho, a mi entender de forma no muy exacta, que la regla de la entrega al porteador se justifica, entre otros motivos, porque el transporte es en beneficio del comprador y es habitual que aquel sea considerado como una «extensión» de este. VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1385. No creo que se trate de una reflexión

la independencia, aunque no la expresa la Convención, es de aceptación unánime¹⁹⁰⁴, salvo alguna aislada opinión¹⁹⁰⁵, y así también se deriva de la regulación de los INCOTERMS¹⁹⁰⁶. Si el vendedor recurre a sus propios medios de transporte, no habrá cumplimiento de la obligación de entrega conforme al art. 31.a) CVCIM; cumplimiento que tendría lugar cuando se entrega al comprador en destino o al porteador independiente¹⁹⁰⁷. Como se suele decir desde la perspectiva de la transmisión del riesgo, si el transporte lo realiza el vendedor, sus agentes o dependientes, asume el riesgo de aquel en la medida en que no se ha producido la pérdida de control de las mercaderías¹⁹⁰⁸; casos en que habría que estar, bien al art. 69 CVCIM si todo el transporte lo realiza el vendedor, bien al art. 67.1.II CVCIM, si hay posterior entrega al porteador independiente, con los

necesaria, aunque también se encuentra, por ejemplo, en el Derecho inglés cuando se comenta la sub-s. 32(1). Dice TOLLEY, 2000 (2014), p. 293: «*The basis of this rule is that the carrier is normally to be regarded as the agent of the buyer*».

¹⁹⁰⁴ En sede del art. 31 CVCIM, LANDO, 1987, p. 253; NEUMAYER/MING, 1993, p. 243; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 261; HEUZÉ, 2000, p. 220; WIDMER, 2010, pp. 500-501; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 207. En sede del art. 67 CVCIM; NICHOLAS, 1987, p. 490; AUDIT, 1990, p. 88; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 128; NEUMAYER/MING, 1993, p. 430; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 529; FLECHTNER, 2009, p. 517 y 521; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 929; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 463. Así se dice también para el DCFR en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1385 y para el CESL, ZOLL/WATSON, 2012, p. 612. Se entiende que se cumple el requisito de la independencia cuando el vendedor encomienda el transporte a una organización de transporte que, formando parte del mismo grupo de empresas, está constituida con personalidad jurídica independiente. En este sentido, SEVÓN, 1985, p. 199; ALCOVER GARAU, 1991, p. 225; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 105.

¹⁹⁰⁵ VON HOFFMANN, 1986, p. 287, cree que se puede llegar a penalizar en exceso al vendedor cuando recurre a sus medios con un ánimo de mayor rapidez y evitar mayores costes.

¹⁹⁰⁶ Como explica DEBATTISTA, 2019, p. 7 núm. 30, en la mayoría de los casos el porteador es un tercero independiente. Tan solo en la regulación de las cláusulas del grupo D o el término FCA, la regla A4, relativa al transporte, prevé no solo la *contratación* del transporte sino la posibilidad de que la parte contractual que ha de organizarlo *disponga* de él; expresión con la que se quiere aludir a la posibilidad de que dicho contratante recurra a sus propios medios de transporte.

¹⁹⁰⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 261; WIDMER, 2010, pp. 500-501, quien apunta que las mercaderías siguen en la esfera de control del vendedor.

¹⁹⁰⁸ ALCOVER GARAU, 1991, p. 225; NEUMAYER/MING, 1993, p. 243; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 529. Apunta BRIDGE, 2008, p. 87, que admitir la transmisión del riesgo mientras las mercaderías están bajo el control del vendedor aminoraría eventuales litigios en cuanto a los daños sufridos por aquellas.

consabidos problemas que rodean la denominada cuestión de la «división del riesgo en tránsito», en particular, en caso de uso de contenedores¹⁹⁰⁹.

En tercer lugar, se plantea si el comisionista del transporte puede ser o no considerado como porteador efectos de la transmisión del riesgo conforme al art. 67.1.I CVCIM; *rectius*, a efectos de considerar cumplida la obligación de entrega del vendedor. Aunque la cuestión plantea ciertas dudas¹⁹¹⁰, se responde afirmativamente a esta equiparación en cuanto la *ratio* de la norma atiende al momento en que el vendedor pierde el control con la entrega de las mercaderías al tercero independiente para su traslado al comprador¹⁹¹¹.

iii) Lugar de entrega

Como he indicado anteriormente, por mucho que el art. 31 CVCIM esté encaminado a regular el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega, en el supuesto a) del precepto no hay indicación alguna del lugar del cumplimiento¹⁹¹². Poner las mercaderías en poder de un porteador no es un lugar de entrega¹⁹¹³, sino una forma o método de cumplimiento de esta obligación¹⁹¹⁴. El vendedor debe expedir las mercaderías y la Convención no nos dice el dónde, pero sí el cuándo;

¹⁹⁰⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 530; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 929.

¹⁹¹⁰ *Vid.* al respecto, NEUMAYER/MING, 1993, pp. 428, 429; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 530.

¹⁹¹¹ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 225-226; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 531; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 109; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 929-930. En sede del art. 31.a) CVCIM, HEUZÉ, 2000, p. 220; WIDMER, 2010, pp. 502-503; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 208. Para el DCFR, VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1385.

¹⁹¹² OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 83; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 260; HEUZÉ, 2000, p. 217; WIDMER, 2010, p. 496; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 118; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 207.

¹⁹¹³ De forma aislada, y un tanto extraña, dicen NEUMAYER/MING, 1993, p. 242, que el art. 31.a) CVCIM nada dice sobre la conclusión del contrato de transporte y solo trata el lugar de la entrega.

¹⁹¹⁴ Con acierto, señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 258, que, si bien el precepto se propone dar una respuesta unitaria acerca del lugar en que el vendedor ha de cumplir su obligación de entrega, el tratamiento casuístico que establece casa mal con tal propósito.

pues el cumplimiento de la obligación de entrega dependerá de que la expedición, y no la llegada de las mercaderías, se ajuste a los tiempos del art. 33 CVCIM¹⁹¹⁵.

Algunos entienden que lo habitual es que la entrega al transportista tenga lugar en el establecimiento del vendedor, siendo el porteador el que se traslada a aprehender las mercaderías para iniciar su transporte al destino convenido¹⁹¹⁶. La solución coincidiría con el término FCA, al menos, en el supuesto en que se determina la entrega en las instalaciones del vendedor (regla A2) y el vendedor asume la contratación del transporte (regla A4).

Según otra opinión, los redactores de la Convención no consideraron necesario determinar un lugar específico para la expedición porque el vendedor puede escoger el lugar que le resulte más conveniente. Tal posibilidad quedaría sujeta al principio de buena fe (art. 7.1 CVCIM), sin que sea precisa una específica provisión en el texto convencional para tal efecto, de forma que no se pueden escoger lugares inusuales o remotos que puedan ocasionar tardanzas injustificadas en la recepción de las mercaderías en destino¹⁹¹⁷ o costes excesivos en la medida en que el comprador asume los gastos de la expedición¹⁹¹⁸; cuestión esta última controvertida pues, si algunos la comparten¹⁹¹⁹, otros sostienen

¹⁹¹⁵ WIDMER, 2010, p. 497; BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 207. Creo que no es del todo acertada la apreciación de BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 118, de que la CVCIM no establece con exactitud el momento en que debe efectuarse la puesta en poder.

¹⁹¹⁶ ALCOVER GARAU, 1991, p. 199; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 88; quienes remarcen que los bienes son cargados en un contenedor para el inicio del transporte multimodal. También, BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 463.

¹⁹¹⁷ WIDMER, 2010, pp. 496 y 504; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 262. NEUMAYER/MING, 1993, p. 242, también entienden que la *remise* de las mercaderías tiene lugar en el establecimiento del transportista.

¹⁹¹⁸ HEUZÉ, 2000, p. 217, en nota a pie de página, y p. 220.

¹⁹¹⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 272, así lo sostiene en caso de duda. También WIDMER, 2010, pp. 524-525. Si bien la cuestión no está resulta expresamente por el texto convencional, entiende el autor que, en aplicación del art. 7 CVCIM, cada parte debe soportar los gastos de su propio cumplimiento y, aunque el vendedor esté obligado a concluir el contrato de transporte, no está como tal obligado a operarlo; de ahí que tales costes correspondan al comprador. Reitera el autor (p. 545) que el art. 32.2 CVCIM dispone que el

la contraria¹⁹²⁰ al igual que se deriva de los términos comerciales del grupo C. Como ya he señalado, en los contratos que implican el transporte de las mercaderías, determinar el lugar en que el vendedor cumple su obligación de entrega no ha de depender como tal de quien asume los gastos del transporte¹⁹²¹, por muy relacionadas que puedan estar ambas cuestiones¹⁹²², y no habré de pararme aquí sobre tal asunto¹⁹²³.

Retomando la cuestión que aquí nos atañe, la postura conforme a la cual es el vendedor quien elige el lugar de expedición, se acomodaría a la regla A4 de los términos CPT y CIP que apelan al lugar que mejor convenga al vendedor. En esta línea, incluso el art. 93.1(b)(ii) CESL dice que el lugar de entrega será «el punto de recogida del primer transportista más cercano». Nótese que de esta circunstancia vuelve a aparecer, aunque sea en menor medida, espacio para la denominada «división del riesgo en el transporte»; circunstancia donde cobraría interés para el vendedor la inspección de las mercaderías cuando se ponen en poder del porteador¹⁹²⁴.

Ya, en fin, otros autores parecen mostrar una postura más ecléctica contemplando ambas posibilidades¹⁹²⁵, donde, como resulta obvio, adquiere importancia las circunstancias del caso concreto¹⁹²⁶.

vendedor debe «disponer de» pero no «realizar» el transporte. También BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 211; BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 217, en sede del art. 32.2 CVCIM.

¹⁹²⁰ NEUMAYER/MING, 1993, p. 255.

¹⁹²¹ Muy crítico con dicha automática vinculación entre ambas cuestiones (transmisión de riesgo según quien asuma los gastos de transporte) y con argumentos de peso, VON HOFFMANN, 1986, pp. 273-275.

¹⁹²² De otra opinión es LINACERO DE LA FUENTE, 2007, pp. 100 y ss.

¹⁹²³ Dice el § 269(3) BGB que, de la circunstancia de que el deudor haya asumido los costes de envío no se puede concluir que el lugar al que se debe hacer el envío es el lugar de cumplimiento. Con relación al § 447 BGB, el § 448(1) BGB determina que el comprador asume los costes de transporte.

¹⁹²⁴ Subrayan BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 464, el interés del vendedor de que las mercaderías sean inspeccionadas para obtener un certificado de calidad para probar que las mercaderías eran conformes en el momento relevante.

¹⁹²⁵ LANDO, 1987, p. 253, señala que la iniciativa ha de ser del vendedor y que el art. 31.a) concibe como supuesto típico que este traslade las mercaderías al establecimiento del

Y ante tal variedad de criterios, acaso una postura prudente sea entender, en un posible régimen dispositivo a diseñar, que el lugar de entrega al transportista ha de ser el establecimiento del vendedor, pudiendo la buena fe, a falta de pacto, modular dicho criterio en atención a las circunstancias del caso concreto y permitir al vendedor entregar la mercancía al transportista en otro lugar.

iv) Contrato de transporte

A diferencia del art. 31.a) CVCIM, el art. 67.1.I CVCIM no solo alude a la puesta de las mercaderías en poder del porteador para su traslado al comprador, sino a que añade la expresión «conforme al contrato de compraventa»; lo cual ha dado lugar a un particular debate cuyos términos se justifican por mantener lo que yo considero innecesario: unas particulares normas sobre transmisión del riesgo en las que, dependiendo de si sucede esto o lo otro, el riesgo se coloca aquí o allá, haciendo al vendedor o al comprador pechar con él.

Parte de la doctrina –a mi entender, la mejor orientada– opta por quitarle trascendencia a la mencionada expresión y entender que, con ella, tan solo se quiere decir que el contrato de compraventa prevé la realización del transporte de las mercaderías y no que la denominada transmisión del riesgo dependa del cumplimiento de las provisiones del contrato, bien respecto a las mercaderías (conformidad), bien al contrato de transporte. Estos eventuales incumplimientos, si conducen a un incumplimiento esencial del contrato, quedarían sujetos al art. 70

porteador. No obstante, señala el autor, también es posible que el vendedor acuerde con el porteador que sea este el que vaya a buscar las mercaderías al establecimiento del vendedor.

¹⁹²⁶ Explica BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 119, en atención al uso de contenedores y el transporte multimodal, que hay que ver si la mercancía se trata de una partida para transportar en régimen de grupaje o una carga embalada que completa un contenedor u otra unidad de carga mayor. «Si se trata de un grupaje, lo normal es que el vendedor entregue la mercancía al transportista en un centro logístico de consolidación y, en cambio, si la carga completa un contenedor u otra unidad de carga, el lugar de entrega puede ser otro, como el establecimiento del vendedor, la terminal del transportista, en el puerto, etc.».

CVCIM¹⁹²⁷; única variedad de incumplimiento que ha merecido mención en sede de transmisión del riesgo y que, a mi entender, es síntoma de esa falta de sistematización que caracteriza a las particulares normas sobre la supuesta transmisión del riesgo¹⁹²⁸. Sea como fuere, mi lectura de esta postura es que el vendedor cumple su obligación de entrega, sin perjuicio del análisis de otros incumplimientos, como la conformidad de las mercaderías o las condiciones en las que se ha gestionado su transporte.

Otros autores consideran que el anterior planteamiento hace inútil la expresión «conforme al contrato de compraventa» porque el comienzo del art. 67 CVCIM ya alude a la compraventa que implica transporte; así que nada añadiría su inclusión en el precepto. Según esta opinión, la discutida expresión viene a condicionar la denominada transmisión del riesgo al cumplimiento por parte del vendedor de lo dispuesto en el contrato sobre el transporte; esto es, si se incumple una obligación relacionada con el transporte de las mercaderías, no hay transmisión del riesgo al comprador¹⁹²⁹. Se trataría de una «excepción» a la regla que sienta el art. 67.1.I CVCIM; una «penalización» al vendedor que le haría pechar con el riesgo durante todo el transporte, por ejemplo, si el medio de transporte o el porteador son distintos de los acordados. La presente situación dejaría de estar cubierta por el presente precepto y entraría en aplicación el art. 69.2 CVCIM, de forma que se asimilaría el supuesto a la compraventa con entrega a la llegada¹⁹³⁰. No obstante, conscientes de la severidad de la anterior consecuencia, y aunque el precepto no lo establece expresamente, entienden estos autores que el incumplimiento relativo al transporte de las mercaderías ha de ser esencial, básicamente, por dos motivos.

¹⁹²⁷ Art. 70 CVCIM: «Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento».

¹⁹²⁸ Esta primera postura la sostienen HONNOLD, 2009, p. 523; BOLLÉE, 2001, pp. 258-259; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 930; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 463.

¹⁹²⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 531. Subraya ANGELICI, 1981, p. 231, que la presente solución resalta la destacada relevancia que se le concede a la expedición de las mercaderías.

¹⁹³⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 110.

En primer lugar, porque se siente la necesidad de coordinar los arts. 67 y 70 CVCIM. Aunque me refiero a ello con cierto detalle más adelante, el último precepto mencionado posibilita, en caso de incumplimiento esencial, lo que se ha denominado una retransmisión del riesgo al vendedor: una vez transmitido el riesgo al comprador, si este, por ejemplo, resuelve el contrato ante un incumplimiento esencial, sería posible, bajo ciertas condiciones, hacer soportar las pérdidas y deterioros fortuitos posteriores a dicha transmisión al vendedor; quien perdería el derecho al precio o habría de restituirlo¹⁹³¹. Ante este panorama, la doctrina entiende que nada justifica que cualquier incumplimiento relativo al contrato de transporte, sea o no esencial, impida la transmisión del riesgo al comprador y lo atribuya al vendedor, mientras que para otros incumplimientos *distintos* se exija que el incumplimiento sea esencial para que, a través del art. 70 CVCIM, se pueda retransmitir el riesgo al vendedor. Y dado que nada justifica tal diferencia de tratamiento entre distintos incumplimientos, esta segunda posición doctrinal entiende que el incumplimiento relativo al transporte ha de ser esencial para que entre en juego la particular limitación del art. 67.1.I CVCIM que este sector ve en la expresión «conforme al contrato de compraventa»¹⁹³². En segundo lugar, se añade que esta postura es más coherente con la idea de que el criterio de la entrega al primer transportista es la regla general de la transmisión del riesgo; regla que casi se convertiría en excepción si cualquier incumplimiento relativo al transporte de las mercaderías impidiese la transmisión del riesgo¹⁹³³.

En realidad, desde el punto de vista práctico, ambas posturas conducen al mismo resultado. Porque si la primera no impide la supuesta transmisión del riesgo al comprador sin perjuicio de que un

¹⁹³¹ Capítulo 5, II, 2.

¹⁹³² ANGELICI, 1981, pp. 230-231; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 532; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 111-112.

¹⁹³³ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 532; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 115.

incumplimiento esencial de las obligaciones relativas al transporte conduzca finalmente, *ex art. 70 CVCIM*, a hacer soportar el riesgo al vendedor, la segunda determina que un incumplimiento esencial de estas obligaciones ya hace soportar el riesgo al vendedor.

No obstante, desde un punto de vista teórico, la diferencia es importante. Como ya he dicho, las denominadas normas sobre transmisión del riesgo definen indirectamente o se solapan con las reglas sobre cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías y en el caso de los art. 31.a) y 67.1.I CVCIM, ese solapamiento es evidente.

La lectura que yo hago de la primera postura doctrinal ahora expuesta encaja en esta visión de las cosas: el vendedor cumple su obligación de entrega de las mercaderías al ponerlas en poder del porteador, sin perjuicio de que el incumplimiento de las obligaciones relativas a la gestión del transporte abra el sistema de remedios según sus requisitos y consecuencias. Pero la traducción que, desde mi perspectiva, se habría de hacer de la segunda posición doctrinal sería tanto como decir que no ha habido cumplimiento de la obligación de entrega y admitir una transformación de la compraventa con entrega indirecta al porteador en una directa en destino; lo cual es un planteamiento que me cuesta admitir. Un incumplimiento no puede cambiar los términos del contrato; concretamente, a lo que ahora interesa, no puede cambiar el método y lugar del cumplimiento de la obligación de entrega. Un incumplimiento sencillamente abre el sistema de remedios. La segunda postura explicada llega, a mi entender, a tal curioso resultado conducida por la permanencia de esas particulares normas de transmisión del riesgo –normas que exigirían que se dé este u otro requisito para determinar si la transmisión tiene lugar o no– cuando, de lo que se trata, es de saber si hay o no cumplimiento o incumplimiento de las distintas obligaciones. Y tampoco cabe compartir esa idea de que la no transmisión del riesgo al comprador constituye una penalización al vendedor porque, aparte de que habría que ver en el caso concreto los motivos o circunstancias que conducen al vendedor a desviarse de lo previsto en el contrato para el transporte

(desviación que, en atención a los términos en que se plantea el supuesto de hecho, parece que no ha comunicado al comprador, cuando a mi entender la cooperación que subyace al contrato interpelaría dicha comunicación entre las partes, dada la importancia que el transporte tiene en el contrato, evitando *ex ante* el problema que aquí se plantea), el sancionar a una parte incumplidora no es concepto basal ni central del régimen del incumplimiento¹⁹³⁴.

Y si esta segunda posición se me antoja insostenible, me parece directamente inadmisibile¹⁹³⁵ otra tercera teoría conforme a la cual cualquier incumplimiento relativo a la entrega al transportista, sea o no esencial, impide la transmisión del riesgo al comprador: contrato de transporte distinto al pactado, medio de transporte diferente, entrega al transportista anticipada o tardía, etc.; casos en que el momento de la transmisión del riesgo se fijaría no ya por el art. 67.1.I CVCIM sino por el art. 69 CVCIM. Ello además determinaría – en esa destacada relación que se establece entre los preceptos que determinan el supuesto momento de la transmisión del riesgo y el incumplimiento esencial– que si se produce un incumplimiento esencial antes del momento que establece el art. 69 CVCIM, cualquier pérdida o deterioro posterior a tal momento quedaría sujeta al efecto que posibilita el art. 70 CVCIM¹⁹³⁶. Así se pronuncia ALCOVER GARAU¹⁹³⁷. Frente a tal planteamiento, mucho más riguroso para el vendedor que el anterior, proceden las mismas críticas vertidas respecto de la segunda teoría expuesta y que no he de repetir. Pero cabe pararse en los argumentos de este autor para negar que sea necesario que el incumplimiento del vendedor sea esencial para

¹⁹³⁴ Recuérdese que, con relación al ya estudiado art. IV.A.-5:201(1) DCFR en sede de compraventa con entrega en plaza, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1381, también se apela a la «transmisión del riesgo» como sanción al incumplimiento del comprador que no se hace cargo de las mercaderías; idea de sanción que, como digo en el texto, es prescindible.

¹⁹³⁵ Con perspicacia, dice BOLLÉE, 2001, p. 258, que un planteamiento semejante sería tanto como volver al concepto de la *delivery* que manejaba la ULIS.

¹⁹³⁶ En realidad, a tal conclusión también conduce la segunda de las teorías ya expuestas.

¹⁹³⁷ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 227, 228 y 231. Le sigue MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 129. Sin mayor desarrollo, esta es la posición de NEUMAYER/MING, 1993, p. 427 y de ZOLL/WATSON, 2012, p. 612, con relación al art. 145 CESL.

cambiar el momento de la transmisión del riesgo [*rectius*, el momento y forma del cumplimiento de la obligación de entrega] y que, a mi entender, son síntoma del aislamiento con el que se sigue tratando las denominadas normas sobre la transmisión del riesgo.

En primer lugar, dice el autor que los arts. 70 y 67 CVCIM se mueven en planos completamente distintos y no hay necesidad de armonizarlos. El primero se ocupa de la repercusión de un incumplimiento esencial una vez que se ha transmitido el riesgo mientras que el segundo establece un requisito (el cumplimiento de las obligaciones relativas a la entrega al transportista) para que el riesgo se transmita¹⁹³⁸. Pero desde mi perspectiva no es posible mantener semejantes razonamientos por la sencilla razón de que, la cuestión se reduce a evaluar el cumplimiento o incumplimiento del vendedor respecto de estas obligaciones y el eventual juego de los remedios. Sea como fuere, los planteamientos del autor, como los de la segunda teoría expuesta, ponen en evidencia una interesante cuestión; cual es si determinados incumplimientos relativos a gestión del transporte puedan conducir a concluir que, en realidad, no ha habido entrega por mucho que el vendedor haya entregado la mercancía a un porteador. A esta cuestión aludo unos párrafos más abajo.

En segundo lugar, el autor apoya su posición en los INCOTERMS que de manera clara consagrarían tal solución¹⁹³⁹ en la medida en que en la regla A3 determinan que la transmisión del riesgo depende de que la entrega se realice de acuerdo con lo establecido en la regla A2; regla esta última donde, dependiendo del concreto término comercial de que se trate, se alude al porteador designado, al lugar designado, la fecha acordada, el plazo concedido, etc.

Sin embargo, no se debe olvidar la concreta función que cumplen los INCOTERMS. Estos realizan una descripción de las obligaciones de las partes –quién se ocupa de qué respecto a la organización del

¹⁹³⁸ ALCOVER GARAU, 1991, p. 228.

¹⁹³⁹ *Ibidem*, 230.

transporte, el seguro, la identificación de las mercaderías con el contrato, las licencias de exportación e importación o los documentos de transporte—, establecen qué gastos respecto a qué concretos aspectos han de ser asumidos por cada parte contractual y, a lo que ahora interesa, determinan dónde, cuándo y cómo se cumple la entrega / se transmite el riesgo; asumiendo ese tándem que se considera imprescindible y yo prescindible.

Los INCOTERMS, por lo tanto, realizan como cualquier otra regulación, una descripción ideal del cumplimiento. Pero lo que no hacen es regular las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de las partes ni determinar los consiguientes remedios. Si los INCOTERMS son completos respecto a los primeros aspectos, su silencio respecto a los segundos ha de ser complementado por el régimen del incumplimiento de la ley aplicable al caso concreto. Por lo tanto, creo que ALCOVER GARAU se equivoca en su apreciación; la cual en realidad supone realizar una especie de lectura *a contrario* de las reglas A2 y A3 de los distintos INCOTERMS. En efecto, su postura viene a decir que si para la transmisión del riesgo (regla A3), *rectius* cumplimiento de la obligación de entrega, se debe cumplir todo lo previsto en la regla A2, cualquier mínima desviación de lo previsto en esta última regla determina la no transmisión del riesgo; esto es, que no tenga lugar la entrega. Y como digo, la conclusión es precipitada, pues lo que procede es aplicar el sistema de remedios.

En definitiva, y al igual que la primera teoría expuesta, considero que la expresión «conforme al contrato de compraventa» del art. 67.1.I CVCIM no ha de recibir mayor importancia y me atrevo a decir que debe ser ignorada cuando, además, parece que ni siquiera los trabajos preparatorios ofrecen claridad sobre su función¹⁹⁴⁰.

¹⁹⁴⁰ Ya ALCOVER GARAU, 1991, p. 226, señala que la expresión es fuente de incertidumbre y que de los trabajos preparatorios no se puede inferir de forma precisa cuál es la concreta finalidad que los redactores asignaron a esta expresión y ello permite todo género de reservas sobre la cuestión. También CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 533, señala que los antecedentes no son en este tema significativos y que, si apuntan en alguna dirección, es a darle a la expresión el menor alcance posible. Explica NICHOLAS, 1987, p. 489, que cuando se

Una compraventa con expedición –supuesto al que he ceñido mis explicaciones porque creo que es el que debe reflejar un eventual régimen dispositivo a implantar en Derecho español y que la unanimidad de la doctrina ve en el art. 31.a) CVCIM– *va de soi* que requiere el transporte de las mercaderías y, como bien se ha dicho en sede del art. 32.2 CVCIM, impone automáticamente al vendedor el disponer del dicho transporte¹⁹⁴¹; aunque este último precepto deja abierta la cuestión en alusión a lo que establezca el contrato¹⁹⁴².

Establece el art. 32.2 CVCIM lo que sigue: «El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte»; previsión que ha sido reproducida por el art. IV.A.-2:204(1) DCFR¹⁹⁴³, art. 96.1 CESL¹⁹⁴⁴ o

introdujo la conflictiva expresión, se manifestó cierta preocupación de que se pudiese entender que la transmisión del riesgo dependía del cumplimiento de lo dispuesto en el contrato y de que se creasen dificultades en la relación del precepto con el art. 70 CVCIM. Conforme a esta posición, la adición era innecesaria en la medida que su propósito ya estaba cumplido con la exigencia de que el contrato implicase el transporte de las mercaderías, como dice el art. 67 CVCIM en su comienzo. Tales explicaciones, dice CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 533, ofrecerían apoyo a la primera de las teorías que expuse en este apartado. Incluso el autor llega a decir que, quizás, la expresión simplemente quiere hacer alusión a las distintas modalidades de entrega que pueden ser pactadas en el contrato.

¹⁹⁴¹ WIDMER, 2010, p. 542, concordando los arts. 31.a) y 32.2 CVCIM.

¹⁹⁴² En sede del art. 32.2 CVCIM, dice LANDO, 1987, p. 259, que el texto convencional no establece explícitamente si el vendedor que tiene que entregar la mercancía al transportista debe, además, disponer su transporte; esto es, encontrar los medios adecuados para el transporte y celebrar el contrato de transporte. Sin embargo, apunta el autor, tal obligación generalmente se sigue del contrato cuando se acuerda que el vendedor ha de enviar las mercaderías al comprador. Alude a la cuestión AUDIT, 1990, p. 84, pero la deja abierta apelando al contrato.

¹⁹⁴³ Art. IV.A.-2:204(1) DCFR: «*If the contract requires the seller to arrange for carriage of the goods, the seller must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation*». Con relación a este precepto, también se dice que no aclara qué parte contractual ha de disponer del transporte; cuestión que depende del acuerdo de las partes. VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1270.

¹⁹⁴⁴ Art. 96.1 CESL: «Cuando el vendedor estuviera obligado por el contrato a asumir el transporte de los bienes, deberá celebrar los contratos necesarios para transportarlos hasta el

el art. 511-5(1) PCM¹⁹⁴⁵ y cuyos términos son semejantes a la regla A4 (Transporte) los INCOTERMS 2020 de los términos del grupo C¹⁹⁴⁶.

No se trata de realizar aquí un análisis de la presente disposición ni ejemplificar la diligencia¹⁹⁴⁷ que debe desempeñar el vendedor en la celebración del contrato, la elección del medio de transporte y la instrucción al transportista sino, como adelantaba unos párrafos más arriba, reflexionar brevemente sobre la relación que existe entre esta obligación y la entrega; en qué medida la correcta o incorrecta ejecución de la obligación de disponer del transporte puede condicionar que la entrega se pueda considerar o no realizada. Porque, según dice WIDMER, el art. 32.2 CVCIM deja claro que, si el vendedor ha de disponer del transporte, la conclusión del contrato es parte de la obligación de entrega; posición que apoya en la s. 32 SGA a la que con brevedad me referiré posteriormente¹⁹⁴⁸. Pero en opinión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA —con alguna declaración en su discurso que no se puede compartir y que le lleva a incurrir en contradicciones— todas las obligaciones establecidas en el art. 32 CVCIM no se pueden considerar parte integrante de la obligación de entrega y, por lo tanto,

lugar señalado, utilizando los medios de transporte adecuados a las circunstancias y según las condiciones habituales de tal medio de transporte».

¹⁹⁴⁵ Art. 511-5(1) PCM: «Entrega con expedición. 1. Si el vendedor estuviera obligado a disponer el transporte del bien, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado en el contrato por los medios adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte».

¹⁹⁴⁶ Con alguna variación más de forma que de fondo, en la regla A4 de estos términos del grupo C se lee: «El vendedor debe contratar o procurar un contrato para el transporte de la mercancía desde el punto de entrega acordado, si lo hay, en el lugar de entrega hasta el lugar de destino designado o, si se acuerda, cualquier punto en ese lugar. El contrato de transporte debe formalizarse en las condiciones usuales a expensas del vendedor y proporcionar un transporte por la ruta usual en la forma habitual del tipo normalmente utilizado para el transporte del tipo de mercancía vendida».

¹⁹⁴⁷ En efecto, apelan BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 217, al «*duty of care*» del vendedor en la elección del transportista y la conclusión del contrato de transporte. En idéntico sentido, respecto del art. 96.1 CESL, dice ZOLL, 2012, p. 455, que el vendedor debe gestionar el transporte «*with the skill and care expected according to the circumstances*».

¹⁹⁴⁸ WIDMER, 2010, p. 543; quien añade que esto es así con independencia de la parte contractual que asume los gastos del transporte.

su incumplimiento no puede dar lugar a una «no entrega»¹⁹⁴⁹. Y ante dos posiciones enfrentadas, acaso haya lugar para una postura intermedia que, a mi entender, ha de partir de que nos hallamos ante obligaciones diferentes, aunque estrechamente vinculadas.

El vendedor cumple su obligación de entrega con la puesta de la mercancía en poder del porteador. Y en la gestión del transporte al destino designado por el contrato, ha de cumplir con los estándares del art. 32.2 CVCIM, con lo dispuesto en el contrato –cuestión evidente respecto al destino que, cabe entender que determinará el comprador– e incluso con indicaciones que este último le pueda dar respecto a la expedición dentro de los límites de la buena fe; buena fe que le obligaría a informar al comprador de lo irrazonable e inconveniente que puede ser alguna de estas indicaciones que considera que no ha de atender. Como se observa, y ya decía antes, la cooperación de las partes –germen de toda relación– ya evitará *ex ante* problemas con relación a la expedición de las mercaderías. Y si en esta expedición el vendedor cumple los anteriores parámetros, no habrá sombra de duda del cumplimiento de su obligación de entrega: errores o posteriores actuaciones o equivocaciones del transportista –se dice– forman parte del riesgo del transporte que corresponde al comprador¹⁹⁵⁰. Pero si incumple los anteriores parámetros y, como consecuencia, las

¹⁹⁴⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 269. El autor califica las obligaciones como accesorias y afirma que su incumplimiento no puede dar lugar nunca a una infracción esencial; afirmaciones que creo que es evidente que no se pueden compartir. Del mismo modo, si bien afirma que ninguna de las obligaciones que recoge el precepto integra la obligación de entrega, más adelante dice que sin la identificación de las mercaderías con el contrato a la que alude el art. 32.1 CVCIM, y al que en su momento me referiré, no pueden entenderse cumplida la obligación de entrega (p. 271). Por último, si bien en sede del art. 31 CVCIM dice que en caso de duda el criterio interpretativo es que el vendedor no debe realizar el transporte de las mercaderías, pero sí facilitar su ejecución, lo cual yo entendí como una declaración a favor de la expedición por parte del vendedor (expedición que supone gestionar el transporte), en sede del art. 32.2 CVCIM afirma que la expedición de aquel precepto se limita a la puesta de las mercaderías en poder del primer porteador y que el precepto ahora analizado «excepciona tal regla» porque obliga al vendedor a realizar la prestación del transporte de las mercaderías. En mi opinión, no es lo mismo expedir las mercancías, que es lo que prevé el art. 31.a) y el 32.2 CVCIM, y la realización de la prestación de transporte; lo cual sería tanto como habla de una compraventa con entrega directa en destino.

¹⁹⁵⁰ WIDMER, 2010, p. 507 y 544.

mercaderías llegan deterioradas o no llegan, el vendedor responde por la falta de conformidad¹⁹⁵¹ y por el incumplimiento de la obligación de entrega¹⁹⁵². Creo que se puede decir directamente así porque, por mucho que *técnicamente* cumpla con la obligación entrega en el momento de la puesta de la mercancía en poder del porteador, el incumplimiento de su obligación de expedir abre el sistema de remedios y, entre otros y en atención a sus requisitos, la posibilidad de exigir el cumplimiento, que es tanto como decir una reexpedición y, por lo tanto, una nueva puesta en poder del porteador. Y si el deterioro o la falta de llegada o no es consecuencia de tales incumplimientos, nada habría que achacarle al vendedor respecto al cumplimiento de la entrega y la conformidad. Pero el incumplimiento de la obligación de expedición le sitúa en la incómoda situación, a ventilar en sede de prueba, de que se asocie tal incumplimiento a la pérdida o deterioro en tránsito.

Particular atención merece el destino al que ha de enviarse las mercaderías. Si el vendedor expide las mercaderías a un destino equivocado, aquí cabría dudar si cabe hablar de entrega; cuestión que dependerá de la aplicación del principio de la buena fe¹⁹⁵³. Y, en mi opinión, solo el más burdo incumplimiento de la expedición a un destino completamente distinto al fijado en el contrato que exija al comprador medidas inasumibles en la recepción permitiría hablar de una no entrega. Y ello sin perjuicio de que haya posibilidad de que el vendedor pueda subsanar la errónea expedición con nuevas instrucciones al porteador (art. 48 CVCIM) o de los remedios que correspondan al comprador por el incumplimiento de la obligación de expedición¹⁹⁵⁴.

Y ya, por último, si el vendedor ha de cumplir la obligación de expedición en sus términos, no ha de perturbarla; posibilidad que

¹⁹⁵¹ Capítulo 4, III.

¹⁹⁵² WIDMER, 2010, p. 556-557.

¹⁹⁵³ *Ibidem*, p. 507.

¹⁹⁵⁴ No se trata de volver a plantear, en caso de expedición a destino equivocado, la aplicación del art. 69.2 CVCIM como propone HEUZÉ, 2000, p. 329.

cabría imaginar en la medida en que, al contratar el el transporte, mantiene el control sobre el mismo. Cabe contemplar casos en que la intervención del transporte sea beneficiosa para el comprador, por ejemplo, en caso de interrupciones o perturbaciones de las rutas de transporte; intervención que la buena fe, por un lado, le impone comunicar de antemano al comprador para asegurar la búsqueda de una solución mutuamente consensuada y alejar cualquier sombra de un posible incumplimiento y, por otro, incluso le podría obligar a realizar aunque ello pueda determinar un incremento de los costes de transporte por él asumidos. Los casos relativos al cierre del Canal de Suez a mediados del siglo XX podrían ser un ejemplo de ello; supuestos en los que el transporte todavía no había comenzado¹⁹⁵⁵. También es posible que la intervención del transporte se justifique por un incumplimiento del comprador, entrando en aplicación el art. 85 CVCIM y la obligación de conservar las mercaderías como antesala al ejercicio de los remedios. Pero no creo que pueda decirse que la entrega ha sido cancelada¹⁹⁵⁶, sino suspendida¹⁹⁵⁷ frente al incumplimiento. Finalmente, una intervención injustificada del

¹⁹⁵⁵ Describe TREITEL, 2014, pp. 193 y ss., una serie de supuestos de contratos de compraventa bajo cláusula CIF en los que el vendedor argumentó que el contrato ha sido *discharged by frustration* debido al cierre del Canal de Suez en la medida en que gestionar un transporte vía Cabo de Buena Esperanza habría incrementado de forma desmedida los costes de transporte y, de mantenerse el contrato, el coste del cumplimiento podría exceder del precio del contrato. Aunque el argumento prosperó en un primer caso porque se consideró que la ruta por el Canal de Suez era una *fundamental assumption* sobre la que las partes contrataron, lo contrario resultó en los siguientes casos; supuestos en los que, aunque se contemplaba por las partes el Canal de Suez como vía de transporte, no fue como tal estipulado en el contrato y al comprador en realidad le resultaba indiferente la ruta concreta a escoger por el vendedor. La obligación de este era expedir a través de una ruta usual, aunque la inicialmente contemplada no fuese posible y la alternativa le supusiese costes adicionales. Explica el autor que los contratos no versaban sobre mercaderías que pudiesen verse deterioradas ante una ruta de transporte alternativa más larga y que, en los contratos CIF, cabe entender que, al asumir el vendedor los costes de transporte, asume el «riesgo» de su eventual incremento. Del mismo modo, explica el autor que, incluso si el contrato hubiese especificado una ruta de transporte, este solo sería *discharged* si la ruta fuese de fundamental importancia, por ejemplo, si el comprador hubiese revendido las mercaderías en un contrato haciendo de la ruta de transporte parte de la descripción de las mercaderías de forma que el sub-adquirente podría rechazar la expedición por otra ruta.

¹⁹⁵⁶ Así lo entiende WIDMER, 2010, p. 508.

¹⁹⁵⁷ HEUZÉ, 2000, p. 328.

transporte, o bien nos sitúa en el escenario descrito dos párrafos más arriba y habría que estar a las mismas reflexiones, o bien, si su impacto es desmedido, cabría entenderla como una renuncia del vendedor al contrato y, en consecuencia, entender directamente que no hay entrega¹⁹⁵⁸.

En resumen, creo que hay que ser cautelosos a la hora de evaluar cómo afecta el incumplimiento de la obligación de expedición a la obligación de entrega; planteamientos en los que asoma de nuevo una tensión ya descrita: que la expectativa del comprador no es tanto la expedición de las mercaderías –por mucho que las razones ya expuestas nos permitan hablar del cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor cuando pone las mercaderías en poder del porteador– sino su recepción. Por eso, los eventuales incumplimientos en la expedición animan a que surjan reflexiones que estimen que no hay entrega o que ha sido cancelada. Si se quiere, hay que partir de una reflexión semejante a la que se realiza respecto a la relación de la conformidad de las mercaderías y la entrega: la falta de conformidad no supone incumplir la entrega.

Por poner un ejemplo de las dudas que se generan al respecto, citaba WIDMER –como indiqué más arriba– la s. 32 SGA. De conformidad

¹⁹⁵⁸ En este punto, no puedo estar plenamente de acuerdo con el autor citado en la nota al pie de página anterior que, desde la perspectiva de la idea de la transmisión del riesgo, baraja dos posibilidades. Si el vendedor hace retornar las mercaderías, no habría transmisión del riesgo ni se podría considerar realizada la entrega (cancelada, dice WIDMER, 2010, p. 508). La postura me parece razonable. Dice el autor que habrá transmisión del riesgo una vez que reexpida las mercaderías. Tal afirmación es aventurada porque el anterior incumplimiento abre en favor del comprador el sistema de remedios; escenario del que, por supuesto, no tiene por qué seguirse una reexpedición de las mercaderías. La segunda posibilidad que baraja es el caso en que el vendedor suspende injustificadamente la expedición ya en tránsito; supuesto en que entiende que ya no habría entrega ni transmisión del riesgo al comprador. La transmisión solo tendría lugar una vez que el transportista recibe instrucciones de «*reprendre la livraison*». La solución que propone, dice el propio autor, presenta sus dificultades (p. 329 en nota a pie) y como creo que de poco vale hacer hipótesis sobre el distinto alcance de las intervenciones del transporte y las circunstancias en que se realizan, por muy injustificadas que estén, me mantengo en la línea que expuse en el texto.

con la sub-s. 32(1) SGA¹⁹⁵⁹, la entrega al transportista se considera *prima facie* como entrega al comprador y la sub-s. 32(1) SGA¹⁹⁶⁰ prevé la obligación del vendedor de celebrar un contrato de transporte en razonables condiciones; condiciones que, si no se cumple y se produce una pérdida o daño de las mercaderías durante el tránsito, la previsión inglesa dispone que «*the buyer may decline to treat the delivery to the carrier as a delivery to himself or may hold the seller responsible in damages*». Y ante tal declaración, se dice –no con rotundidad, sino con cierta vacilación¹⁹⁶¹– que, en su literalidad, parecería que la norma permite una «reversión del riesgo» sobre el vendedor a pesar de que la pérdida o el daño se hubiesen producido incluso sin dicho incumplimiento de los términos del transporte¹⁹⁶², es decir, sin requerir una relación de causalidad entre tal incumplimiento y la pérdida o deterioro; lo cual, en particular respecto al remedio indemnizatorio que prevé el precepto, se observa con extrañeza¹⁹⁶³. Sea como fuere, no parece que la subsección haya generado particulares problemas¹⁹⁶⁴ y se subraya que la dudosa consecuencia

¹⁹⁵⁹ Sub-s. 32(1) SGA: «*Where, in pursuance of a contract of sale, the seller is authorised or required to send the goods to the buyer, delivery of the goods to a carrier (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer is prima facie deemed to be a delivery of the goods to the buyer*».

¹⁹⁶⁰ Sub-s. 32(2) SGA: «*Unless otherwise authorised by the buyer, the seller must make such contract with the carrier on behalf of the buyer as may be reasonable having regard to the nature of the goods and the other circumstances of the case; and if the seller omits to do so, and the goods are lost or damaged in course of transit, the buyer may decline to treat the delivery to the carrier as a delivery to himself or may hold the seller responsible in damages*».

¹⁹⁶¹ Aunque DEBATTISTA, 1990, p. 94, no se cuestiona el tajante resultado que sanciona la norma.

¹⁹⁶² BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 445-446.

¹⁹⁶³ GULLIFER, 2014, pp. 127-128.

¹⁹⁶⁴ En BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 445, se explica que la subsección fue invocada con éxito, en el caso *Young (T) & Sons v Hobson and Partner* (1949) 65 T.L.R. 365, por un comprador frente a una reclamación del precio por unas máquinas que se habían expedido bajo un contrato f.o.r. El contrato de transporte, gestionado por el vendedor, dispuso que las máquinas se transportaban a riesgo del propietario cuando, por el mismo coste y tras una previa inspección, se podrían haber transportado a riesgo del transportista. Dañadas las máquinas en tránsito, el tribunal consideró que el contrato de transporte no había sido celebrado en condiciones razonables. No obstante, el fallo no está exento de críticas. Según se dice en la edición del *Benjamin's Sale of Goods* consultada, la obligación que esta subsección impone al

que sanciona no es de aplicación si el contrato celebrado por el vendedor es razonable aunque no se ajuste a los términos previstos en el contrato de compraventa¹⁹⁶⁵.

Cabe aludir, en fin, brevemente a dos cuestiones. En primer lugar, y de la misma forma que –como hemos visto– la Convención no compele expresamente al vendedor a notificar al comprador la puesta a disposición de la mercancía en caso de compraventa con ejecución en plaza, tampoco se exige que el vendedor notifique al comprador la expedición de la mercancía¹⁹⁶⁶; notificación que en cambio sí establece la regla A10 (Notificaciones) de todos los INCOTERMS del grupo C en los que precisamente el vendedor tiene la obligación de expedir. Se comprende que exista tal deber en la medida en que permitirá al comprador adoptar las decisiones organizativas y comerciales que procedan¹⁹⁶⁷: pagar el precio, recibir en destino las mercaderías o disponer de estas en tránsito. Es más, dicha regla A10 añade que el vendedor debe dar al comprador cualquier aviso requerido [léase necesario, no solicitado] que permita al comprador recibir la mercancía¹⁹⁶⁸. Se trata de previsiones basadas en la cooperación contractual y que tienen el beneficio de evitar dudas sobre un posible incumplimiento del comprador en la recepción de las mercaderías en destino. Las tendré en cuenta en mi propuesta¹⁹⁶⁹.

vendedor es sencillamente contratar un medio de transporte razonable en términos ordinarios; no asegurar que el comprador tenga en todo caso un remedio frente al transportista.

¹⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 446.

¹⁹⁶⁶ En atención al art. 32.1 CVCIM que alude a un aviso de expedición para especificar las mercaderías, y al que en su momento ya aludí, LANDO, 1987, p. 259, indica que la Convención no establece la obligación de realizar la comunicación de la expedición en otro caso distinto al que menciona el precepto. No obstante, WIDMER, 2010, pp. 539-541, parece que le concede mayor amplitud y entiende que de tal aviso sí se deriva tal genuina obligación de comunicación.

¹⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 542.

¹⁹⁶⁸ Regla A10 (Notificaciones) de los términos del grupo C: «El vendedor debe notificar al comprador que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A2./ El vendedor debe dar al comprador cualquier aviso requerido que permita al comprador recibir la mercancía».

¹⁹⁶⁹ La regla A10 (Notificaciones) de los términos del grupo F no aluden al aviso necesario para que el comprador reciba la mercancía del transportista sino solo al aviso de que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A2. La razón es evidente: en estos términos comerciales, el contrato de transporte lo gestiona, como norma, el comprador; quien, por esta

Frente a un supuesto de entrega directa que, en su naturaleza de acto bilateral, determina el cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías y el cumplimiento de su obligación de recepción simultáneamente en tiempo y lugar, en un caso de compraventa con entrega indirecta, el vendedor cumple su obligación de entrega con la puesta en poder del porteador mientras que el comprador cumplirá su obligación de hacerse cargo de las mercaderías posteriormente en destino.

En segundo lugar, en la medida en que la existencia de un contrato de seguro es una de las circunstancias sobre las que se ha basado la concepción de la entrega al porteador como propio cumplimiento de la obligación de entrega, el art. 32.3 CVCIM indica: «El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro». Del hecho de que el contrato guarde silencio sobre la cuestión del seguro, sería erróneo concluir automáticamente que el vendedor no está obligado a contratarlo pues ello puede derivar de las «condiciones usuales» (art. 32.2 CVCIM) en las que se debe realizar el transporte que sí está obligado a contratar¹⁹⁷⁰. Sea como fuere, se trata de una regla que refleja la existencia de un deber general de cooperación entre comprador y vendedor¹⁹⁷¹ que, reproducida por distintos textos¹⁹⁷², habría de incorporarse al ordenamiento jurídico español.

circunstancia, está en mejor situación que el vendedor para comunicarse con el transportista y saber cuándo llegará la mercancía a destino.

¹⁹⁷⁰ WIDMER, 2010, p. 546.

¹⁹⁷¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 273. Aspecto también destacado por HONNOLD, 2009, p. 321.

¹⁹⁷² Cfr. art. IV.A.-2:204(3) DCFR, art. 96.3 CESL o art. 511-5(2) PCM. No es preciso que los reproduzca.

v) Puesta en poder del porteador, retención y entrega de documentos y pago del precio

El vendedor cumple su obligación de entrega con la puesta de la mercancía en poder del primer porteador [arts. 31.a) y 67.1.I CVCIM]; hasta ese momento responde por esta obligación. Lo que suceda con las mercaderías a partir de tal instante, aunque no sea ajeno al contrato, es en principio¹⁹⁷³ ajeno a la obligación de entrega. Su «pérdida» durante el transporte no supone incumplimiento de la obligación de entrega y, por lo tanto, no procede remedio alguno. Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio del análisis que merezcan otros posibles incumplimientos.

Pero como la clásica disciplina de la transmisión del riesgo convive en un tira y afloja entre aquellos sistemas que la vinculan con el cumplimiento de la obligación de entrega o la transmisión de la propiedad, el art. 67.1.III CVCIM señala: «El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo». Con esta previsión –reproducida por otros textos que, inspirados en la Convención, contemplan normas sobre transmisión del riesgo para contratos de compraventa que «implican el transporte de las mercaderías» como el art. IV.A.-5:202(4) DCFR¹⁹⁷⁴, el art. 145.4 CESL¹⁹⁷⁵ o el art. 621-17.3 CCCat¹⁹⁷⁶– se pretenden varias cosas.

¹⁹⁷³ Como se acaba de ver, el vendedor que expide las mercaderías ha de hacerlo por medios adecuados y en condiciones usuales, mantiene control sobre el transporte y eventuales actuaciones a realizar o evitar tendrán impacto sobre el contrato en general y la obligación de entrega en particular.

¹⁹⁷⁴ Art. IV.A.-5:202(4) DCFR: «*The fact that the seller is authorised to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk*».

¹⁹⁷⁵ Art. 145.4 CESL: «El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos en los que conste la puesta a disposición de los bienes no afectará a la transmisión del riesgo». La versión en inglés alude a los documentos «*controlling the disposition of the goods*»; expresión mucho más exacta que la versión española que no es más que un síntoma de la confusión entre la «puesta a disposición» de las mercaderías con la facultad de disponer que puede corresponder, bien a al acreedor bien al propietario.

¹⁹⁷⁶ Art. 621-17.3 CCCat: «El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos del bien no afecta a la transmisión de los riesgos». El párrafo se

En primer lugar, dejar claro que la cuestión de la transmisión del riesgo no está vinculada con la transmisión de la propiedad o el derecho a controlar las mercaderías¹⁹⁷⁷; aspectos que se encauzarían a través de esos documentos que las representan o permiten disponer de ellas o controlarlas¹⁹⁷⁸ y a cuya amplísima variedad en tipología y alcance en lo que se refiere tanto a esa eventual y efectiva «disposición y/o control y/o transmisión de la propiedad» sobre las mercaderías como a la equivalencia o disparidad de significado de estos tres últimos términos no he ni tan siquiera asomarme en estas líneas. En segundo lugar, se quiere acoger la práctica comercial que permite la retención de los documentos una vez que las mercaderías son entregadas al porteador –criterio asumido como decisivo para la transmisión del riesgo– con el fin de garantizar y articular el pago del precio por parte del comprador¹⁹⁷⁹. En tercer lugar, esta previsión evitaría la indeseable «división del riesgo» si la transmisión del riesgo se vincula a la entrega de tales documentos después de la puesta de las mercaderías en poder del porteador¹⁹⁸⁰. En definitiva, estaríamos ante otro ejemplo del método analítico-tipológico que sigue el texto convencional para ordenar de forma autónoma la transmisión del riesgo atendiendo a cuestiones de orden práctico y no a conceptos

encuadra dentro de un precepto que no se dedica en exclusiva a la compraventa que implica el transporte de las mercaderías, sino que se trata de un artículo de alcance general sobre la transmisión del riesgo. Pero ya señala RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 209, que se trata de una previsión que tiene especial sentido en contratos que han previsto el transporte del bien.

¹⁹⁷⁷ NICHOLAS, 1987, p. 493; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 534; HEUZÉ, 2000, p. 328; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 138; BOLLÉE, 2001, p. 258; BRIDGE, 2008, p. 94; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 464. Para el DCFR, VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1373. Con relación al CESL, ZOLL/WATSON, 2012, p. 612. Y respecto al CCCat, RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 209.

¹⁹⁷⁸ «*Documents controlling the disposition of the goods*», dice la versión inglesa del art. 67.1.III CVCIM.

¹⁹⁷⁹ HONNOLD, 2009, p. 524; NICHOLAS, 1987, p. 493-494; AUDIT, 1990, p. 88; ALCOVER GARAU, 1991, p. 197; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 534; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 139.

¹⁹⁸⁰ HONNOLD, 2009, p. 524 y 1984, p. 8.11; VON HOFFMANN, 1986, p. 278; ALCOVER GARAU, 1991, p. 197; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 534; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 139; BOLLÉE, 2001, p. 258.

abstractos intermedios como la perfección, la entrega o la propiedad¹⁹⁸¹.

Con el art. 67.1.III CVCIM, sentencia ALCOVER GARAU, «se marca el punto y final de la desvinculación entre la transmisión de la propiedad y la de los riesgos»; desvinculación a la que también se intentan adaptar los ordenamientos jurídicos que acogen el criterio de la propiedad¹⁹⁸² y que refrendaría la adecuación y sencillez de la metodología de la Convención al eliminar de la regulación de la transmisión del riesgo el concepto jurídico intermedio que, en los casos de retención de los documentos, podría comprometer una solución adecuada para la cuestión del riesgo ya se trate del concepto de la propiedad *o de la entrega*¹⁹⁸³. Pero frente a estas aseveraciones, que no estimo del todo exactas, cabe decir varias cosas.

Por un lado, la crítica al criterio de la entrega no es certera porque tiene exclusivamente presente esa compleja, generalizante y fallida definición de entrega contenida en el art. 19.1 ULIS y cuya relación con la retención de los documentos no se aclaraba en el texto legal¹⁹⁸⁴; lo cual generaba dudas¹⁹⁸⁵. Frente a ello reaccionan los redactores de

¹⁹⁸¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 201-202; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 534.

¹⁹⁸² ALCOVER GARAU, 1991, p. 205; quien realiza un particular análisis del Derecho italiano (pp. 202-207). Dice que no se trata del caso del Derecho inglés, en atención a la sub-s. 19(1 SGA); apreciación que no se puede compartir en su totalidad porque se trata de la simple mención a una previsión estatutaria y elude la realidad comercial de los contratos que implican transporte y se celebran con cláusulas CIF y FOB. *Vid.* Capítulo 2, III, 2. También HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 931, destacan que el «principio» [sic] que sienta el art. 67.1.III CVCIM es ampliamente reconocido y se aplica incluso en aquellos sistemas legales que generalmente vinculan el riesgo con la propiedad.

¹⁹⁸³ *Ibidem*, p. 207.

¹⁹⁸⁴ Señala VON HOFFMANN, 1986, p. 277, que la posible conexión entre la transmisión del riesgo y la «*handover*» de los documentos de transporte fue largamente tratada en la preparación de la ULIS, pero no fue expresamente resuelta en el texto legal.

¹⁹⁸⁵ Transcribe ALCOVER GARAU, 1991, pp. 207-208, parte de un informe del Secretario General de UNCITRAL en el que se razona que lo más acorde con la práctica comercial es que la retención de los documentos por el vendedor no influya en la transmisión del riesgo; resultado que es incierto en la ULIS cuya definición de entrega que podría tener como consecuencia una demora de en la transmisión del riesgo en caso de que se produjese dicha retención.

la Convención a través de ese elogiado método tipológico en sede de transmisión de riesgo que, como estoy argumentando a lo largo del presente estudio, no hace otra cosa que definir indirectamente lo que es cumplir la obligación de entrega de las mercaderías. Por otro lado, esa sucinta y lapidaria afirmación del autor sobre el art. 67.1.III CVCIM que he transcrito en su literalidad en el párrafo anterior es más estética que otra cosa. Y digo esto por varias razones.

En primer lugar, porque la utilidad de las normas de la transmisión del riesgo ha quedado periclitada, hilo conductor de mi argumentario, por un sistema que pretende hacer responde al vendedor frente al incumplimiento de la obligación de entrega hasta el momento previsto para el cumplimiento de esta obligación; eliminando así el espacio donde entraba en aplicación la disciplina de la transmisión del riesgo. Lo que en la actualidad procede es una reflexión sobre la relación entre los posibles cumplimientos de unas obligaciones y el incumplimiento de otras para atender a su impacto sobre el contrato y la aplicación de los remedios.

En segundo lugar, porque si el cumplimiento de la obligación de entrega puede tener lugar en un momento distinto al cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, como evidencia la posibilidad de cumplir la entrega con la puesta en poder del porteador y transmitir la propiedad con la posterior entrega de los documentos relevantes, queda por evaluar, como acabo de indicar, el impacto que un eventual incumplimiento de esta última obligación puede tener en el contrato. Y lo cierto es que, teniendo en mente esa eventual «reversión del riesgo» que permite el art. 70 CVCIM en caso de incumplimiento esencial del contrato y recurso al remedio resolutorio¹⁹⁸⁶, un incumplimiento esencial relativo a la entrega de tales documentos permitiría al comprador resolver el contrato haciendo pechar a la postre al vendedor con la pérdida o deterioro en tránsito. Y es así cómo el diseño del reparto del riesgo en la fase de cumplimiento de contrato (riesgos de ida) –que nos va diciendo, una por una, en qué

¹⁹⁸⁶ Capítulo 5, II, 2.

consiste el compromiso de cada obligación del vendedor, cuándo cumple y, por lo tanto, nada más debe al comprador respecto a esa concreta obligación— quedaría alterado por el reparto del riesgo en la fase de incumplimiento del contrato que permite el sistema de remedios de la Convención, en particular, en caso de incumplimiento esencial y resolución (riesgos de vuelta). Por lo tanto, esa desconexión que plantea ALCOVER GARAU entre «la transmisión de la propiedad y la de los riesgos» no es estable, sino contingente.

Ya, por último, y en tercer lugar, porque por mucho que el autor pondere el art. 67.1.III CVCIM, en realidad nos encontramos ante una previsión *absolutamente prescindible*¹⁹⁸⁷, como no podía yo pensar de otra manera dado que estimo que la normativa particular sobre la transmisión del riesgo no es precisa.

Un síntoma de que mi parecer no está mal encaminado lo podríamos encontrar en la PCM; cuyas previsiones sobre transmisión del riesgo no hacen mención alguna a la cuestión de los documentos. A esta cuestión *únicamente* se alude en el art. 511-14 PCM para regular el lugar y tiempo del pago del precio, con base en la clásica regla de la simultaneidad del cumplimiento de las contraprestaciones de entrega y pago del precio, en atención al lugar y tiempo de la puesta a disposición [*rectius* entrega] del bien o sus documentos representativos¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁷ Destaca NICHOLAS, 1987, p. 494, que la previsión es simplemente declaratoria de lo que en otro caso se seguiría de otras disposiciones de la Convención, pero que trata de evitar un eventual malentendido que podría surgir ante aquellos sistemas legales que vinculan el riesgo y la propiedad. También AUDIT, 1990, pp. 88-89, remarca que por estas razones la previsión pareció necesaria. En este sentido, CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 534, señala que la norma trata de evitar equívocos. OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 138, barrunta que la norma podría ser en cierto modo ociosa. También crítico con la previsión, BRIDGE, 2008, p. 49.

¹⁹⁸⁸ Art. 511-14 PCM: «El precio se pagará en el lugar y en el momento en que el vendedor ponga a disposición el bien o los documentos representativos de aquel, salvo que el comprador esté obligado en virtud del contrato a pagar el precio en un lugar determinado o en un momento distinto».

En efecto, lo que hay que preguntarse es cómo y dónde ha de regularse la obligación del vendedor de entregar los denominados «documentos representativos». Y, en esencia, creo que, por un lado, ha de proveerse de una regulación separada de la obligación de entrega del bien y, por otro, ha de regularse su relación con el pago del precio; cuestión esta segunda que presenta aquí particular interés, como explicaré próximamente, aunque primero he de pararme brevemente sobre la primera.

No es objeto de esta investigación profundizar sobre el cumplimiento de la obligación de entrega de los mencionados documentos. Pero estimo, como adelanté unas páginas más arriba, que no procede regular su entrega en una misma norma que recoja la entrega de las mercaderías porque son dos obligaciones distintas –por mucho que ambas puedan ser, en el caso concreto, modo de tradición y de transmitir la posesión sobre las mercaderías– que pueden cumplirse a la vez, en momentos distintos o existir una en el contrato pero no la otra¹⁹⁸⁹. No obstante, esa regulación conjunta ha sido la opción escogida, por ejemplo, por el art. IV.A.-201(1) y (2) DCFR¹⁹⁹⁰, el art. 94.1(b) y (c) CESL¹⁹⁹¹ o el art. 621-10.4 y 5 CCCat¹⁹⁹²; opción que no considero adecuada, muy brevemente, por lo siguientes motivos.

¹⁹⁸⁹ Creo que se equivocan BENTO SOARES / MOURA RAMOS, 1986, p. 77, cuando dicen que de algún modo, la obligación de entrega de los documentos relativos a la cosa está incluida en la obligación de entregar las mercaderías «*se for caso disso*».

¹⁹⁹⁰ Art. IV.A.-201 DCFR: «(1) *The seller fulfils the obligation to deliver by making the goods, or where it is agreed that the seller need only deliver documents representing the goods, the documents, available to the buyer. (2) If the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over the goods to the first carrier for transmission to the buyer and by transferring to the buyer any document necessary to enable the buyer to take over the goods from the carrier holding the goods*». Se destaca en el precepto la alusión a los documentos con letra redonda.

¹⁹⁹¹ Art. 94.1(b) y (c) CESL: «Salvo que se haya convenido otra cosa, el vendedor cumplirá su obligación de entrega: (b) en otros casos en que el contrato incluya el transporte de los bienes por un transportista, poniéndolos a disposición [*rectius* poniéndolos en poder] del primer transportista para su transmisión al comprador y entregando [*«handing over»*, dice la versión inglesa] *a este último cualquier documento necesario que le permita recoger los bienes en poder del transportista; o (c) en casos que no entren dentro del ámbito de las letras a) o b), poniendo a disposición del comprador los bienes o los contenidos digitales, o los documentos*

En primer lugar, porque en los supuestos que «implican transporte de mercaderías», en la medida en que el DCFR, el CESL y el CCCat exigen para cumplir la obligación de entrega tanto la puesta en poder del transportista y la *handing over* (entrega material) al comprador de los documentos «necesarios para recibir el bien»¹⁹⁹³, no exactamente sus «documentos representativos», lo cual plantea una casuística problemática relativa a su mutua distinción o eventual equivalencia que aquí no puedo abordar¹⁹⁹⁴, en estos textos sí se comprende necesaria una previsión semejante a la del art. 67.1.III CVCIM –cfr. los ya mencionados arts. IV.A.-5:202(4) DCFR, 145.4 CESL y 621-17.3 CCCat– que lo único que hace es, en mi opinión, evidenciar que no procede entender que la entrega de los documentos en cuestión

representativos de los mismos en el caso de que se haya acordado que el vendedor solo tenga que entregar dichos documentos». La cursiva es añadida.

¹⁹⁹² Art. 621-10.4 y 5 CCCat: «4. Si el contrato prevé el transporte a cargo del comprador o este opta por un portador diferente del propuesto por el vendedor, el vendedor cumple su obligación con la entrega al primer portador y con el envío al comprador de los documentos necesarios para recibir el bien. 5. Si el contrato establece que el vendedor solo tiene que entregar los documentos representativos del bien, el vendedor cumple su obligación cuando los entrega al comprador».

¹⁹⁹³ Respecto al DCFR, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1260, se señala que el método de entrega refleja la relevancia del rol de los documentos en las compraventas internacionales. Con relación al CESL, apunta ZOLL, 2012, p. 448, que la entrega no se completa sin la entrega de estos documentos al comprador. El autor se muestra muy crítico con la redacción del precepto en general y su coordinación con las normas sobre la transmisión del riesgo en particular (pp. 449-450); misma falta de coordinación que denuncian ZOLL/WATSON, 2012, pp. 609 y 613, al comentar los arts. 143 y 145 CESL en sede de transmisión del riesgo. Y en estas críticas, aunque no me puedo parar aquí en ellas, se destaca en particular una posible descoordinación del rol de los documentos para el cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo.

¹⁹⁹⁴ En efecto, la regla A6 (Documento de entrega/transporte) de los INCOTERMS del grupo C, compraventas con expedición, dispone: «Si es costumbre o a petición del comprador, el vendedor debe proporcionar al comprador, a expensas del vendedor, el documento o documentos de transporte usuales para el transporte contratado de acuerdo con A4. [...] Si así se acuerda o es la costumbre, el documento también debe permitir al comprador reclamar la mercancía al porteador en el lugar de destino designado y permitir al comprador vender la mercancía en tránsito mediante la transferencia del documento a un comprador posterior o mediante notificación al porteador [...]». Con relación al art. 621-10.4 CCCat, señala LAUROBA LACASA, 2021, p. 164, señala que, en la práctica mercantil, los documentos a los que alude el precepto se consideran «representativos», pero el legislador catalán ha preferido el circunloquio de «documentos necesarios para recibir el bien» quizás para enfatizar que también existe en este supuesto la obligación de entregar el bien.

forma parte, junto con la puesta en poder del transportista, de la obligación de entrega del bien¹⁹⁹⁵. En efecto, si –tal y como se dice en sede de transmisión del riesgo– el riesgo se transmite [*rectius* la entrega se cumple¹⁹⁹⁶] con la puesta en poder del porteador aunque se permita retener los documentos «representativos» al vendedor, *va de soi* que la entrega de estos últimos no forman parte del cumplimiento de la obligación de entrega del bien y que constituye una obligación distinta por mucho que del DCFR, el CESL o el CCCat se pudiese derivar lo contrario de esa alusión a los «documentos necesarios para recibir el bien» en sede de regulación de la obligación de entrega; concepto que, como decía, se puede solapar con el de «documentos representativos». De nuevo, otra evidencia más de la falta de sistematización que provocan las normas sobre transmisión del riesgo.

En segundo lugar, porque cuando en estos textos se plantea que el cumplimiento de la obligación de entrega mediante la «puesta a disposición», dicen el DCFR y el CESL, o la «entrega», dice el CCCat, de los documentos representativos en los supuestos en que el vendedor *solamente* tiene que entregar estos –variabilidad de terminología que arrastra de nuevo la sombra de la duda de cuál es la exacta prestación del vendedor en la obligación de entregar las mercaderías; duda a la que ahora se sumaría la obligación de entregar los documentos–, se suele poner como ejemplo la compraventa de mercaderías en tránsito¹⁹⁹⁷ o la compraventa de bienes en poder de un tercero¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ Aunque no me queda muy claro cuál es la opinión de ZOLL/WATSON, 2012, p. 613, en esa crítica a la descoordinación de la regulación del CESL entre la obligación de entrega y la transmisión del riesgo. Porque si, según los autores, los arts. 144 y 145 CESL podrían ser eliminados con una adecuada coordinación del art. 143 CESL en sede de riesgo con el art. 94 CESL en sede de entrega, no acabo de ver cuál es el lugar que han de ocupar los documentos en esa reestructuración que plantean.

¹⁹⁹⁶ Porque, como ya he explicado y me veo en la necesidad de reiterar, las normas sobre transmisión del riesgo están definiendo de forma indirecta el cumplimiento de la obligación de entrega del bien.

¹⁹⁹⁷ Para el DCFR, VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1260 y con relación al CCCat, LAUROBA LACASA, 2021, p. 164.

¹⁹⁹⁸ Con relación al DCFR, VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1260.

Pues bien, respecto a la compraventa de mercaderías en tránsito, el ofrecer un tratamiento unitario a la entrega de los documentos representativos de estas junto al supuesto de entrega de bienes en un precepto relativo al cumplimiento de la obligación de entrega –que, pensada para bienes se expande ahora para acoger documentos– tiene como consecuencia un primer tratamiento unitario en sede de transmisión del riesgo –arts. IV.A.-5:102(1) DCFR¹⁹⁹⁹, 143.1 CESL²⁰⁰⁰ y 621-17.1 CCCat²⁰⁰¹– para afirmar que el riesgo se transmite al comprador cuando recibe las mercaderías o sus documentos representativos; previsiones que al instante se ven exceptuadas con una regulación particular en sede de transmisión del riesgo para las compraventas en tránsito a la que ya aludiré²⁰⁰². Porque, como veremos en su momento²⁰⁰³, nos encontramos ante una compraventa con un alto componente de aleatoriedad que la singulariza y cuya eventual regulación, de querer mantenerse, merecería un tratamiento específico, a mi entender, sin necesidad de un régimen de transmisión de riesgo. Hay, en efecto, entrega de documentos; pero esta nada tiene que ver con una entrega directa o indirecta de mercancías por parte del vendedor que, en efecto, en estos casos ni tan si quiera tiene lugar, por lo que su regulación conjunta no procede. Se observa, de nuevo, que lo se que acerca en sede de entrega (entrega de mercaderías y entrega de documentos) se aleja en sede de transmisión del riesgo. Ello es indicativo de que son dos cosas distintas; dos obligaciones cuyo cumplimiento se concibe en el fondo de forma distinta. Cosa distinta es que la entrega de estos documentos

¹⁹⁹⁹ Art. IV.A.-5:102(1) DCFR: «*The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them*».

²⁰⁰⁰ Art. 143.1 CESL: «En los contratos entre comerciantes, el riesgo se transmitirá en el momento en que el comprador reciba los bienes o los contenidos digitales o los documentos que representen a los bienes».

²⁰⁰¹ Art. 621-17.1 CCCat: «Los riesgos se transmiten al comprador en el momento de la entrega del bien o de los documentos que lo representan de acuerdo con lo establecido por el artículo 621-10».

²⁰⁰² Art. IV.A.-5:203 DCFR, art. 146 CESL, art. 621-18 CCCat. Estos preceptos varían la solución que ofrece el art. 68 CVCIM.

²⁰⁰³ Capítulo 4, II, 4.

pueda representar un modo de traditio y de transmisión de la posesión sobre las mercaderías.

Con relación a la compraventa de mercaderías en poder de un tercero, la cuestión también será abordada en su momento²⁰⁰⁴, pero el hecho de que tenga lugar la entrega de los denominados documentos representativos deja pendiente el análisis de cuál es la posición de ese tercero que tiene los bienes bajo su control respecto al vendedor y respecto al comprador. En esencia, cabe plantear dos hipótesis. Por un lado, que el contrato conciba esa situación como estable, de forma que el comprador se subroga en la posición del vendedor frente al tercero; caso en que, en efecto, no habría obligación de entrega directa o indirecta del bien, sino *solamente* de los documentos denominados «representativos» que como digo, representarían un modo de traditio y de transmisión de la posesión sobre las mercaderías. Pero, por otro lado, es posible que el contrato conciba tal situación como transitoria, porque el vendedor tiene interés en que finalice esa relación con el tercero iniciada, mantenida, costeada por él –acaso *controlada* por él– y el comprador tiene interés en hacerse cargo de las mercaderías; caso en que habrá que plantearse si, junto a esa obligación de entregar los documentos ya cumplida, sigue todavía pendiente la obligación de entrega del bien por parte del vendedor y la oportunidad o no de concebirla como un supuesto de entrega directa (puesta a disposición más recepción) en el que el tercero ocupa la posición de un agente del vendedor. En este caso, el vendedor respondería por la obligación de entrega así configurada hasta el momento previsto para la recepción, aunque en atención al art. 69.2 CVCIM –y otros textos que se inspiran en esta disposición– parece que se apuesta por otra orientación. Como digo, abordo la cuestión en su momento.

En resumen, creo que, a través de estas explicaciones, se puede percibir la conveniencia de tratar por separado ambas obligaciones: entrega directa o indirecta del bien y entrega de los denominados «documentos representativos». En primer lugar, en el caso de

²⁰⁰⁴ Capítulo 4, II, 3.

compraventa con expedición, los documentos no forman parte de la obligación de entrega de las mercaderías; planteamiento al que se suma la dificultad de diferenciar «documentos necesarios para recibir el bien» y «documentos representativos» y el cuestionamiento de cuál habría de ser la fórmula correcta para aludir a estos documentos relevantes y distintos a los que cabe incardinar dentro del concepto de la conformidad de las mercaderías. En segundo lugar, el componente de aleatoriedad de la compraventa de mercaderías en tránsito le confiere tal singularidad que su regulación –insisto, de querer mantenerse– merecería una disposición particular ajena a unos preceptos sobre la entrega del bien y de los documentos que contemplarían una compraventa, digamos, con un perfil conmutativo habitual. Por último, en el caso de compraventa de bienes en poder de un tercero, habrá casos, como veremos, en que no se pueda afirmar que el vendedor solo tiene que entregar los denominados «documentos representativos».

Por todo ello, insisto, entrega directa o indirecta del bien y entrega de los documentos son dos obligaciones distintas a regular separadamente, y cuyo cumplimiento e incumplimiento han de convivir, que en cada caso supondrán transmisión de la propiedad o de la posesión del bien.

El art. 34.I CVCIM ha querido ofrecer base normativa separada de la entrega de las mercaderías a la entrega de los documentos²⁰⁰⁵ y señala: «El vendedor, si estuviere obligado a entregar [*«hand over»*, no *«delivery»*, y *«remise»*, no *«livraison»*, dicen las versiones inglesa y francesa] documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato». La previsión resulta poco clarificadora y acaso prescindible en tales términos, pues tan solo dice lo evidente: que el vendedor ha

²⁰⁰⁵ WIDMER, 2010, p. 560. Aunque en nota señala que, en caso de compraventa de mercaderías en tránsito, el vendedor cumple su obligación de entrega de las mercaderías mediante la de los documentos; precisión que, a mi entender, no es necesaria ni correcta. Las especialidades que rodean a esta compraventa, veremos hacen que se llegue a abstraer de las mercaderías que subyacen a los documentos.

de cumplir el contrato²⁰⁰⁶. No obstante, la doctrina ha realizado alguna indicación de interés sobre la misma.

Se ha dicho que, en su amplitud, la fórmula abarca toda clase de documentos que guardan relación con las mercaderías *incluyendo* los que otorgan su «control», esto es, la facultad de disposición sobre las mismas²⁰⁰⁷; aunque, acaso sea más correcto el enfoque de quienes entienden que el precepto piensa *ante todo* en los documentos que conceden el control de las mercaderías, así como los documentos que permiten al comprador ejercitar los derechos asociados con las mismas²⁰⁰⁸. Y, a lo que ahora interesa, a falta de indicaciones precisas en el contrato sobre el tiempo y lugar de entrega de los documentos, se debe acudir a la interpretación del contrato (art. 8 CVCIM), a la aplicación de los usos relevantes (art. 9 CVCIM) o a los principios generales que subyacen a la Convención (art. 7.2 CVCIM)²⁰⁰⁹.

Ante las anteriores consideraciones, se entiende que, si el contrato contempla una entrega directa (puesta a disposición más recepción) y el comprador precisa de un documento para hacerse cargo de las mercaderías, el vendedor debe entregar el documento al comprador en tal *momento* que le permita hacerse cargo de aquellas dentro del período previsto para su entrega²⁰¹⁰, incluso si no hay acuerdo

²⁰⁰⁶ Explica HONNOLD, 2009, p. 325, que, en la preparación del texto convencional, se dudaba si, en las referencias a la «*delivery*» o «*handing over*» de las mercaderías debería también aludirse a la «*delivery*» o «*handing over*» realizada a través de los «*documents of title*». Se consideró que ello habría requerido demasiadas referencias a la «*delivery by documents*»; de ahí la introducción del art. 34.I CVCIM para proveer de un texto más sencillo y menos recargado. Y es así como esta disposición, finalmente, establece sin más que el vendedor debe cumplir el contrato; previsión que habría sido innecesaria de no ser por el problema que se detectó durante la redacción de la Convención en la referencia a la «*delivery of the "goods"*».

²⁰⁰⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 281, que alude a «los llamados títulos de tradición o representación».

²⁰⁰⁸ BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 223; quienes ponen como ejemplo de esos documentos que permiten ejercitar al comprador los derechos asociados a las mercaderías los que siguen: la póliza de seguro, la factura comercial, certificados de origen, certificados de calidad, informes de pruebas técnicas, etc.

²⁰⁰⁹ WIDMER, 2010, p. 560.

²⁰¹⁰ *Ibidem*, pp. 561-562; BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 224.

específico a tal efecto²⁰¹¹. Si la compraventa contempla una entrega indirecta, caso de la compraventa con expedición que es ahora mismo el supuesto que más interesa, el vendedor debe entregar al comprador el documento relevante para hacerse cargo de las mercaderías²⁰¹² en un momento que permita al comprador recibirlas del porteador en destino de forma tempestiva²⁰¹³; momento que, a falta de indicación, viene fijado por el plazo razonable del art. 33.c) CVCIM que cabe considerar como principio general del texto convencional ex art. 7.2 CVCIM²⁰¹⁴. Se apela, como se observa, a un documento necesario para recibir el bien; lo cual, como he dicho, no elimina la cuestión de su delimitación o equivalencia con el denominado documento representativo.

En cuanto al *lugar* de la entrega de los documentos, se ha dicho que puede venir fijado por el lugar de entrega de las mercaderías²⁰¹⁵; consideración razonable si tenemos en mente un supuesto de compraventa con entrega directa²⁰¹⁶. Pero, sobre todo, se señala que el lugar de entrega de los documentos vendrá fijado por la modalidad que regula el pago del precio²⁰¹⁷; consideración de particular importancia para las compraventas con expedición en las que juega un papel destacado la intermediación de entidades bancarias a través de las cuales se articula el intercambio de los documentos del transporte,

²⁰¹¹ WIDMER, 2010, p. 562.

²⁰¹² Téngase en mente la difusa separación entre lo que pueda considerarse «documento necesario para recibir la mercancía» y «documento representativo de la mercancía», a la que antes aludía.

²⁰¹³ AUDIT, 1990, p. 85; LANDO, 1987, p. 266; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 283; WIDMER, 2010, p. 562; BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 224. Como indiqué más arriba, para estos últimos autores citados el art. 34.I CVCIM alude ante todo a los documentos que conceden el control de las mercaderías y a los documentos que permiten al comprador ejercitar los derechos asociados con las mismas. Por eso entienden que estos últimos documentos también tienen que ser entregados en tal tiempo que permita al comprador dirigir en su caso una reclamación frente al porteador o el asegurador.

²⁰¹⁴ WIDMER, 2010, p. 562.

²⁰¹⁵ BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 224.

²⁰¹⁶ De hecho, WIDMER, 2010, pp. 562-563, contempla tal supuesto para los casos de entrega de las mercaderías regulados por lo arts. 31.b) y c) CVCIM.

²⁰¹⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 284; WIDMER, 2010, p. 562; BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 224.

concepto que se puede solapar con el de documentos representativos de las mercaderías, y el precio.

Este es el punto al que quería llegar en lo que concierne a la entrega de los documentos; no sin antes señalar que, sea cual fuere el lugar de entrega de los documentos, y con particular atención a los casos en que el vendedor envía dichos documentos al lugar de entrega, se destaca que, en caso de duda, la obligación de entrega de los documentos en cuestión *solo se entiende cumplida* cuando el comprador o su agente recibe los documentos pues, como se lee en la versión inglesa del precepto, se trata de una obligación de «*handing over*» a diferencia de la expedición de las mercancías [arts. 31.a) y 67.1.I CVCIM]. De ahí que se diga que, si el vendedor envía al comprador los documentos en cuestión, lo hace «a su propio coste y riesgo»²⁰¹⁸; es decir, responde por esta obligación hasta tal momento. El uso del término «entrega» en la versión española del art. 34.I CVCIM, de complejo tratamiento en el conjunto de la Convención, no ayuda a apreciar el matiz. Y resulta curioso comprobar cómo en sede de entrega directa de las mercaderías se ha arrastrado tradicionalmente esa dificultad –en torno a los conceptos de puesta a disposición y recepción– de determinar en qué consiste la prestación a la que se compromete el vendedor, mientras que, en lo que concierne a los documentos, se ventila raudamente la cuestión²⁰¹⁹. En fin, si la obligación de entrega de documentos se cumple con la recepción y hasta tal momento se responde, ni asoma, ni se plantea ni ha de reproducirse –y lo cierto es que esto no se hace– el clásico problema de la transmisión del riesgo que tradicionalmente arrastra la obligación de entrega de la cosa.

²⁰¹⁸ En este sentido, WIDMER, 2010, p. 562, que apela al momento en que el comprador o su agente «*has actually gained possession of the documents*». También BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 224, atiende al momento en que los documentos «*reach the buyer*». Otra parece ser la orientación de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 284-285.

²⁰¹⁹ En cambio, como se ha podido ver, el DCFR y el CESL extrapolan el concepto de «*make available*» a los documentos representativos.

Sobre las anteriores consideraciones se podría estructurar una particular regulación sobre el cumplimiento de la obligación de entrega de estos documentos relevantes que estamos tratando: por un lado, valorar la posibilidad de que solo exista dicha obligación y no la de entrega de las mercaderías y, por otro, valorar la eventual coincidencia o divergencia de su cumplimiento con el momento y lugar de entrega de las mercaderías. Y si en su caso concreto el documento relevante es necesario para que el comprador pueda hacerse cargo de las mercaderías, ello es tanto como decir que, en caso de compraventa con entrega directa de mercaderías, ambas entregas coincidirán o la de los documentos quizás es *anterior* y, en caso de compraventa con expedición, el cumplimiento de la obligación de entrega de los documentos será *posterior* a la entrega de las mercaderías (puesta en poder del primer porteador) o coincidirá con la recepción de estas.

Sea como fuere, según decía, mi interés se dirige en estas páginas a la relación que existe entre el cumplimiento de la obligación de entrega de los denominados «documentos representativos» y el pago del precio. Como expliqué en sede de compraventa de ejecución en plaza, la clásica regla de la simultaneidad de tiempo y lugar entre la entrega del bien y pago del precio sigue siendo un planteamiento razonable para encauzar a su través la conmutatividad del contrato. Pero en el caso de la compraventa con expedición, el sistema se ve obligado a realizar una adaptación porque, por mucho que la expedición (puesta de las mercaderías en poder del porteador) se configure como efectivo cumplimiento de la obligación de entrega, a tal cumplimiento no se anuda el pago del precio, tal y como evidencia una lectura del art. 58.2 CVCIM que enseguida transcribo, en virtud de la clásica simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio.

A diferencia de la bilateralidad que caracteriza al acto de la entrega directa, puesta a disposición por el vendedor más recepción por el comprador, la unilateralidad de la expedición –insisto, a pesar de su relevancia en cuanto es propiamente cumplimiento de la obligación de

entrega y el vendedor no asume el «riesgo del transporte»— conlleva que no se acerque lo suficiente al intercambio previsto en el contrato y el sistema se ve en la necesidad de reaccionar ante una tensión evidente y ya conocida: por un lado, la trascendencia que, para el vendedor, sí representa la expedición de las mercaderías y el riesgo de cumplir su obligación de entrega antes del pago del precio, y por otro lado, la poca trascendencia que, para el comprador, en sí misma representa la mera expedición en la satisfacción de su interés previsto en el contrato y el riesgo de cumplir antes de recibir las mercaderías o tener la oportunidad de examinarlas. En este escenario, la posibilidad de articular el intercambio de las mercaderías y el precio a través del intercambio de sus «documentos representativos» por el precio mientras están siendo transportadas suaviza la tensión descrita. Y el texto convencional ha querido tener presente esta realidad.

Como dice HONNOLD, el art. 58 CVCIM está encaminado a minimizar los anteriores riesgos²⁰²⁰; precepto relativo al *momento* del pago del precio y que ha de ser leído junto con el art. 57.1 CVCIM relativo al *lugar* del pago del precio. Creo que nos encontramos ante dos artículos que no se expresan con toda la claridad deseada²⁰²¹. A continuación, reproduzco su contenido para su análisis, me aproximo brevemente a la manera en que tales preceptos acogen o se adaptan, dentro de lo posible, a la práctica internacional de la compraventa sobre documentos (*documentary exchange*)²⁰²² en caso de expedición de mercaderías y, sobre esta base, expongo cómo creo yo que habría de regularse el lugar y el momento de pago del precio para atender a las compraventas con expedición y el eventual intercambio de mercaderías y precio a través de los denominados documentos representativos de aquellas. Nótese que el art 57 CVCIM habla de «documentos» en general, mientras que el art. 58 CVCIM alude a los

²⁰²⁰ HONNOLD, 2009, p. 447.

²⁰²¹ Dice el autor recién citado que en este ámbito las reglas legales hablan con menos elocuencia que la lógica que, en la práctica, siguen las partes para el cumplimiento de la entrega y el pago del precio. *Ibidem*, p. 483.

²⁰²² En general, y con una visión muy crítica de la regulación de la Convención sobre la cuestión del riesgo y la compraventa sobre documentos, BERMAN/LADD, 1988, *passim*.

«documentos representativos» en particular; pero no se duda que aquel precepto se refiere a la misma categoría de documentos que este²⁰²³.

Según el art. 57.1 CVCIM: «El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor: a) en el establecimiento del vendedor; o b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega». Como ya sabemos, donde la versión española del precepto alude a la entrega, las versiones inglesa y francesa no utilizan los términos *delivery* y *livraison* sino «*handing over*» y «*remise*»: se trata de una entrega directa: puesta a disposición más recepción.

Por su parte, el art. 58 CVCIM, compuesto por tres apartados, dispone lo que sigue: «1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega²⁰²⁴ de las mercaderías o los documentos./ 2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder²⁰²⁵ del comprador más que contra el pago del precio./ 3. El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad».

²⁰²³ NEUMAYER/MING, 1993, p. 375; MOHS, 2010, pp. 830-831.

²⁰²⁴ Aquí de nuevo, como ya sabemos, las versiones inglesa y francesa no utilizan los términos *delivery* y *livraison*, sino «*handing over*» y «*remise*».

²⁰²⁵ Aquí, de nuevo, las versiones inglesa y francesa del precepto aluden a la *handing over* o la *remise*.

Sorprende la densidad de estos artículos si se comparan, por ejemplo, con la concisión con la que los arts. 125 y 126 CESL determinan respectivamente que el pago del precio tiene lugar en el establecimiento del vendedor²⁰²⁶ en el momento de la entrega («*delivery*», dice la versión inglesa)²⁰²⁷; parquedad acaso excesiva en lo que se refiere al momento del pago y que conduce a los comentaristas del precepto a realizar una comparativa con el art. 58 CVCIM para precisar aspectos no expresamente regulados²⁰²⁸.

No obstante, considero adecuada la sucinta referencia del art. 125 CESL al establecimiento del vendedor. El art. 57 CVCIM crea cierta confusión que se puede apreciar cuando, a falta de acuerdo entre las partes, parte de la doctrina entiende que el art. 57.a) CVCIM sienta la regla sobre el lugar del pago y art. 57.b) CVCIM una excepción²⁰²⁹ que concordaría con el art. 58.2 CVCIM²⁰³⁰, mientras que, según otra opinión, primero hay que estar al apartado b) del precepto y, de no haber acuerdo de que el pago del precio se realice contra la entrega material («*handing over*») de las mercaderías o los documentos en un determinado lugar, habría que estar en segundo lugar al apartado a)²⁰³¹.

Es curioso comprobar que el art. 57 CVCIM apela en su línea introductoria al acuerdo de las partes para referirse, a continuación, a disposiciones que aplicarían en defecto de pacto y que su apartado b) vuelva a apelar a un acuerdo entre aquellas. E igual de curioso es que, por mucho que unos concedan prioridad al apartado a) sobre el b) del

²⁰²⁶ Art. 125 CESL: «1. Cuando el lugar de pago no pueda determinarse de otro modo, será el domicilio social del vendedor en el momento de la celebración del contrato./ 2. Si el vendedor tiene más de un domicilio social, el lugar de pago será el domicilio social del vendedor que tenga una relación más estrecha con la obligación de pago».

²⁰²⁷ Art. 126 CESL: «1. El pago del precio se efectuará en el momento de la entrega./ 2. El vendedor podrá negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de este si tiene un interés legítimo en ello».

²⁰²⁸ *Vid.* el comentario de DANNEMANN, 2012, pp. 548-549.

²⁰²⁹ HONNOLD, 2009, p. 473.

²⁰³⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 476; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 409.

²⁰³¹ MASKOW, 1987, p. 413; MOHS, 2010, p. 826.

precepto y otros lo contrario, en realidad, hay cierto consenso sobre lo que se quiere decir.

Porque si el apartado b) contempla las compraventas con expedición, en realidad no se trata de plantear, como tal, que el lugar de pago del precio sea el del destino de las mercaderías donde el comprador se hace cargo de estas y sus documentos²⁰³² por mucho que el apartado b) haga alusión tanto a las mercaderías como a los documentos representativos²⁰³³. El precepto pretende dar cabida y reflejar el supuesto en que el contrato estipula el pago del precio contra entrega de los documentos que habrá recibido el vendedor del porteador independiente; supuesto en el que, típicamente, intermedian entidades bancarias para ejecutar el intercambio y tal sería el *lugar* de pago del precio²⁰³⁴. Y lo cierto es que HONNOLD no ve inconveniente para encajar tal supuesto en el apartado a) del precepto pues, si como indiqué unos párrafos más arriba, el lugar de entrega de los documentos viene típicamente fijado por la modalidad que regula el pago del precio, a través de este apartado a) el vendedor puede exigir al comprador que gestione el pago del precio a través de una entidad bancaria cercana al establecimiento del vendedor donde este presenta los «documentos representativos» para articular el intercambio de las mercaderías y el precio²⁰³⁵.

La mera mención del establecimiento del vendedor en una norma relativa al lugar de pago del precio es suficiente para estructurar sobre la misma el intercambio sobre documentos. Y fijar así el lugar de cumplimiento de la obligación de pago del precio es beneficioso para el vendedor pues, el comprador responde por su obligación de pago del precio hasta que llegue a tal lugar y, obviamente, en tiempo. Como

²⁰³² Aunque parece que esta es la orientación con la que analiza el art. 57.1.b) CVCIM HONNOLD, 2009, p. 473. También MOHS, 2010, p. 831; que apela a un acuerdo entre vendedor y porteador.

²⁰³³ Señala MASKOW, 1987, p. 423, que, si bien es posible que el transportista independiente reciba el precio del comprador, en la práctica raramente ello tiene lugar.

²⁰³⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 476; HEUZÉ, 2000, p. 317.

²⁰³⁵ HONNOLD, 2009, pp. 479-480.

se suele decir, el comprador soporta tal riesgo²⁰³⁶ *de la prestación*; esto es, el vendedor puede acudir al sistema de remedios ante el incumplimiento. Sigue vigente la paradigmática idea de que el dinero no perece, pero la actual variedad de métodos de pago, representación del precio e intervención de intermediarios ha encaminado a los autores a extrapolar un clásico concepto relativo a cosas (riesgo de la prestación) al precio²⁰³⁷.

Siguiendo con la compraventa sobre documentos, visto que el lugar de pago del precio conduce a determinar el lugar de la entrega de aquellos, queda por ver cómo se articula la simultaneidad del intercambio en la práctica internacional y se evitan los riesgos a los que antes aludía.

Según explica HONNOLD, ante el riesgo que supone para el vendedor la expedición antes del pago, normalmente se llega al acuerdo de que este no pone las mercaderías en poder del porteador hasta que el comprador haya realizado las gestiones necesarias con una entidad bancaria cercana al vendedor para asegurar el pago del precio; por ejemplo, la emisión de una carta de crédito y su confirmación en un banco próximo al vendedor donde presentará los documentos²⁰³⁸. Del mismo modo, ese riesgo que supone para el comprador el pagar el precio por las mercaderías antes de su inspección, y que arrastraría de nuevo el riesgo del vendedor que expide sin que el comprador pague el precio hasta que las mercaderías lleguen a destino y pueda examinarlas (cfr. art. 58.3 y 2 CVCIM), se evita con la posibilidad de que el comprador acuerde con una agencia de inspección independiente el examen de las mercaderías antes de su puesta en

²⁰³⁶ MASKOW, 1987, p. 415; AUDIT, 1990, p. 144; NEUMAYER/MING, 1993, p. 374; MOHS, 2010, p. 834. Con relación al art. 125 CESL, y sin atender como tal a la compraventa sobre documentos, dice DANNEMANN, 2012, p. 545: «*the buyer bears the risk that the money actually arrives in the hands of the seller, or on the seller's account*».

²⁰³⁷ MASKOW, 1987, p. 415, pone un par de ejemplos: si el cheque emitido por el comprador se pierde y no llega al lugar del pago del precio, habrá de enviar otro. Si el banco, distinto al banco receptor del vendedor, ha de hacer una transferencia pero entra en bancarrota, el comprador tiene que repetir la transferencia.

²⁰³⁸ HONNOLD, 2009, pp. 479-480.

poder del transportista²⁰³⁹ para que emita un certificado de calidad que el vendedor entregará a la entidad bancaria junto a los restantes documentos relevantes a cambio del precio. Alternativamente, explica el autor, sería razonable que el comprador, personalmente o a través de una agencia, realice la inspección antes de la expedición²⁰⁴⁰.

Y sobre la base de estas consideraciones, describe el autor los pasos que siguen las partes hasta el intercambio de las mercaderías por el precio a través del *documentary exchange*. En primer lugar, tras un primer contacto, el vendedor transmite al comprador una factura proforma que, entre otras consideraciones, describe las mercaderías, el precio y la fecha en la que estarán listas para su envío. En segundo lugar, el comprador realiza las gestiones bancarias necesarias para proceder al pago, por ejemplo, mediante la emisión de una carta de crédito en su banco que confirma el banco próximo al establecimiento del vendedor. En tercer lugar, el vendedor procede al envío de las mercaderías y obtiene los documentos de transporte y aquellos otros que pueda requerir el contrato como la póliza de seguro o el certificado de calidad de la agencia independiente, así como la factura. En cuarto lugar, el vendedor presenta tal documentación en la entidad bancaria de la que recibe el pago del precio.

Se trata de una secuencia, expuesta de forma esquemática, que ha de ser seguida paso a paso para culminar con el intercambio simultáneo de las mercaderías en el cuarto paso. En efecto, el paso uno ha de preceder al paso dos porque es preciso que el vendedor envíe la factura proforma al comprador para que este gestione la carta de crédito en unos términos que se ajusten a la descripción de la transacción. El paso dos debe preceder al paso tres porque el vendedor, antes de expedir las mercaderías, precisa la seguridad de que recibirá el pago. Finalmente, el paso tres precede necesariamente

²⁰³⁹ Si reparamos en la regla A8 (Comprobación/embalaje/marcado) de los INCOTERMS del grupo C, que como ya sabemos tratan las compraventas con expedición, se prevé que es el vendedor quien asume los costos de, entre otras cuestiones, las operaciones de verificación de calidad de las mercaderías para proceder a su entrega de acuerdo a lo dispuesto en la regla A2.

²⁰⁴⁰ HONNOLD, 2009, pp. 480-481.

al paso cuatro porque, hasta que el vendedor obtenga los documentos relevantes para cumplir con las condiciones establecidas en la carta de crédito y los presente en el banco en cuestión, no obtendrá el precio²⁰⁴¹.

Y a esta realidad se pretende dar encaje en la ley cuando el art. 58.2 CVCIM alude al pago del precio en el momento en que las mercaderías o los documentos representativos son «puestos en poder» del comprador; alternativa entre dos opciones cuya elección en el caso concreto dependerá evidentemente de las disposiciones del contrato, su interpretación (art. 8 CVCIM) o los usos aplicables (art. 9 CVCIM) y con relación a las cuales parece difícil pronunciarse –a mi entender– si el legislador concibe una de ellas como regla de derecho dispositivo para el extraño caso en que la integración del contrato no ofrezca respuesta al respecto. Y acaso no sea decisivo para dirimir esta cuestión el derecho que tiene el comprador a examinar las mercaderías previo pago del precio *ex* art. 58.3 CVCIM pues, si para unos esta disposición quiere decir que el vendedor deberá facilitarle tal posibilidad en destino²⁰⁴², para otros –según hemos visto– en el caso concreto puede ser razonable la realización del examen previamente al envío y, en consecuencia, el 58.2 CVCIM permite pero no requiere como tal al vendedor que el pago del precio se realice en el momento de la llegada a destino de las mercaderías²⁰⁴³.

Excede a mi intención en estas páginas profundizar sobre esta cuestión que, particularmente marcada por el contexto internacional en que se desarrolla, quizás merezca otro enfoque en el ámbito del tráfico nacional. Pero, *de lege ferenda*, no veo problema en que se conserve en sus términos la alternativa del art. 58.2 CVCIM. Sea como fuere, finalizo el presente apartado con las siguientes ideas en torno al art. 58

²⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 483.

²⁰⁴² CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 483. Parece que esta es la orientación de MOHS, 2010, p. 847, al reparar en una comparación entre el apartado primero y segundo del art. 58 CVCIM y no tanto en el párrafo tercero del precepto.

²⁰⁴³ HONNOLD, 2009, pp. 474-475. Barajan ambas posibilidades BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 417.

CVCIM que habré de tener en cuenta en mi propuesta orientativa de regulación.

Creo que el apartado segundo del art. 58 CVCIM, a pesar de la forma en que se expresa, no consagra como tal un derecho distinto a lo previsto en el apartado primero²⁰⁴⁴ o un particular derecho de retención del vendedor²⁰⁴⁵; apreciaciones que, a mi entender, devienen de la técnica de introducir en un precepto, que debería sin más regular el momento del pago del precio y atender a la regla de la simultaneidad del intercambio de las contraprestaciones, el remedio de la suspensión del cumplimiento en caso de incumplimiento de la contraparte y cuya regulación opino que procede en sede de incumplimiento²⁰⁴⁶. En realidad, el momento del pago del precio es el mismo en ambos apartados del precepto²⁰⁴⁷: cuando el comprador se hace cargo de las mercaderías o los documentos.

Lo que sucede es que el art. 72.1 ULIS²⁰⁴⁸, antecedente del art. 58.2 CVCIM, en la medida en que la puesta de las mercaderías en poder del transportista se concibe como cumplimiento de la obligación de entrega, preveía el derecho del vendedor a recibir el precio en el momento de la expedición; derecho expresado de forma indirecta – dándose prioridad a la formulación del derecho a suspender el cumplimiento– al señalar que el vendedor puede *«postpone despatch of the goods until he receives payment»*. No se trataba de otra cosa que de aplicar la regla de la simultaneidad del cumplimiento de la *entrega*

²⁰⁴⁴ Intuyo ideas en este sentido en las explicaciones de MOHS, 2010, pp. 843 y 847.

²⁰⁴⁵ De tal derecho hablan BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, pp. 415 y 417.

²⁰⁴⁶ Reitero la cuestión, desde el análisis del art. 67 CVCIM, en el siguiente sub-epígrafe.

²⁰⁴⁷ MASKOW, 1987, p. 424.

²⁰⁴⁸ Art. 72.1 ULIS: *«Where the contract involves carriage of the goods and where delivery is, by virtue of paragraph 2 of Article 19, effected by handing over the goods to the carrier, the seller may either postpone despatch of the goods until he receives payment or proceed to despatch them on terms that reserve to himself the right of disposal of the goods during transit. In the latter case, he may require that the goods shall not be handed over to the buyer at the place of destination except against payment of the price and the buyer shall not be bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods»*.

de las mercaderías y el pago del precio recogida en el art. 71 ULIS²⁰⁴⁹ al supuesto en que «el contrato implica transporte»²⁰⁵⁰. Pero el art. 72.1 ULIS concedía una alternativa al vendedor²⁰⁵¹: o suspender la expedición hasta el pago o expedir las mercaderías, reservarse el derecho a disponer de ellas durante el tránsito y prever el pago del precio en destino previa oportunidad del comprador de examinar las mercaderías. Suprimida por la Convención la posibilidad de exigir el pago del precio con la mera expedición²⁰⁵², se reescribió la segunda parte del art. 72.1 ULIS en el art. 58.2 CVCIM el cual, además, añadió la referencia al pago en el momento de la recepción de los documentos. Y en esa reformulación, el art. 58.2 CVCIM mantiene una apariencia de previsión especial heredada de la ULIS que en realidad no es tal, pues como digo, el momento del pago del precio es el mismo que el previsto en el art. 58.1 CVCIM.

Por ello, cabría plantear *de lege ferenda* la refundición de los dos primeros apartados del art. 58 CVCIM. No obstante, debe tenerse en cuenta que ambos apartados son en parte convergentes y en parte divergentes. Convergen en la determinación del momento del pago. Pero divergen en su construcción teórica.

Teniendo presente la compraventa de ejecución en plaza, supuesto de compraventa con entrega directa que he estudiado hasta el momento, el hacerse cargo de las mercaderías –la obligación de recepción del comprador– queda integrado en el cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías. De ahí que la regla de la simultaneidad del cumplimiento de la entrega *de las mercaderías* y del cumplimiento del pago del precio se plasme con toda su fuerza no solo respecto al *momento*, sino también con relación al *lugar*; de ahí la clásica

²⁰⁴⁹ Art. 71 ULIS: «*Except as otherwise provided in Article 72, delivery of the goods and payment of the price shall be concurrent conditions. Nevertheless, the buyer shall not be obliged to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods*».

²⁰⁵⁰ TUNC, 1966, p. 382.

²⁰⁵¹ Según la preferencia del vendedor, dice el autor citado en la nota anterior.

²⁰⁵² Señala MOHS, 2010, p. 842, que la previsión de la ULIS fue eliminada porque entraba en conflicto con la regulación de la compraventa en ciertos países.

regulación conjunta del lugar y momento del pago del precio en textos decimonónicos como nuestro art. 1500 Cc²⁰⁵³. Soy consciente de que el art. 58.1 CVCIM también alude a la entrega de los documentos representativos; pero postergo el análisis de su utilidad en otro tipo de compraventas con entrega directa distintas a la de ejecución en la plaza del vendedor²⁰⁵⁴.

No obstante, en la compraventa con expedición, el cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías (expedición) y el cumplimiento de la obligación de hacerse cargo de ellas (en destino) no coinciden. Hay quien dice que el vendedor ha de cumplir primero²⁰⁵⁵. Pero la afirmación ha de asumirse con cierta cautela porque, como hemos visto, cabe que el comprador haya de realizar previa expedición algún trámite encaminado a asegurar el pago; trámite que, en virtud de la amplitud con la que se formula la obligación de pago del precio en el art. 54 CVCIM, de no realizarse constituiría un incumplimiento actual del contrato. Lo que sucede en la compraventa con expedición es que el vendedor no tiene derecho a exigir todavía el precio ni, por supuesto, de antemano. Se trata del primer paso para perder el control de las mercaderías (y acaso del transporte); control que no se pierde en el comienzo del transporte sino cuando, como dice el art. 58.2 CVCIM, los documentos o las mercaderías se ponen en poder del comprador²⁰⁵⁶. Y a este escenario se intenta adaptar la clásica regla de la simultaneidad de dos formas.

La primera, mediante el simultáneo intercambio de los documentos representativos y el precio a través del *cumplimiento* de ambas obligaciones *en el mismo momento y lugar* (intervención de la entidad bancaria cercana al domicilio del vendedor) aunque el *cumplimiento* de la obligación de entrega de las mercaderías (puesta en poder del

²⁰⁵³ Art. 1500 Cc: «El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato./ Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida».

²⁰⁵⁴ Capítulo 4, II, 3.

²⁰⁵⁵ MOHS, 2010, p. 831; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 409.

²⁰⁵⁶ MASKOW, 1987, p. 423.

transportista) y de la obligación de recepción (en destino) se produzcan *en distinto momento y lugar*. La segunda, mediante el simultáneo intercambio de las mercaderías y el precio *en el mismo momento* (llegada a destino) pero *en distinto lugar* (destino para las mercaderías, entidad bancaria cercana al domicilio del vendedor para el precio) aunque el *cumplimiento* de la obligación de entrega de las mercaderías (puesta en poder del transportista) y de la obligación de recepción (en destino) se produzcan *en distinto momento y lugar*.

Y ante las anteriores explicaciones, aunque el momento del pago del precio –considerado de forma aislada– viene a ser en la apariencia el mismo en los dos primeros apartados del precepto, dicho momento responde en su sustancia a una construcción distinta que creo que justifica tratar separadamente el supuesto de la expedición.

Se dice que la alternativa del art. 58.2 CVCIM responde al intercambio recíproco de las prestaciones²⁰⁵⁷. Pero aparte de las disquisiciones que acabo de exponer, no habremos de olvidar la trascendencia que supone reconocer que el vendedor cumple su obligación de entrega con la puesta de las mercaderías en poder del transportista; cumplimiento que determina que su pérdida o destrucción en tránsito no constituya incumplimiento alguno que achacarle²⁰⁵⁸ y sin perjuicio de que haya de cumplir, y pueda incumplir, su obligación de entregar los documentos. Asoma, de nuevo, la tensión conocida entre lo que en efecto garantiza el vendedor en el contrato y las expectativas del comprador que han quedado fuera de esa garantía, aunque estén presentes no solo en el contrato sino también en la regulación positiva. En efecto, la Convención considera como uno de los eventuales momentos pertinentes para el pago del precio el recibo de las mercaderías en destino, aunque su llegada no esté garantizada y, de no llegar –por ejemplo, porque el transporte adecuadamente elegido y contratado

²⁰⁵⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 483.

²⁰⁵⁸ Recuerdan la aplicación del art. 67 CVCIM MOHS, 2010, p. 848; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 417.

colapsa– el comprador, por un lado, seguirá obligado a pagar el precio en el momento fijado para dicha recepción y, por otro, sigue teniendo derecho a recibir los documentos. Y este escenario, a mi entender, hace de nuevo patente lo que ya dije en su momento: que la compraventa con expedición es la modalidad de compraventa en la que, hoy en día, acaso se justificaría seguir reflexionando con la idea de la transmisión del riesgo; opción que, como espero estar reflejando en esta investigación, no es ineludible en ese ejercicio de «troceo» del contrato y tratamiento singularizado del cumplimiento e incumplimiento de cada obligación.

Ya, por último, dispone el art. 58.3 CVCIM el derecho del comprador a examinar las mercaderías antes de proceder al pago del precio; derecho que, justificado en un ánimo por comprobar la conformidad de las mercaderías con el contrato²⁰⁵⁹ pero que no se confunde como tal con la carga del art. 38 CVCIM –como prefacio de la denuncia prevista en el art. 39 CVCIM de la falta de conformidad– aunque puedan coincidir²⁰⁶⁰, se muestra razonable. Más confusa es la parte final del precepto cuando señala que no hay tal derecho en dos supuestos: cuando «las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sea incompatibles con esa posibilidad».

No se acaba de ver cuál es esa modalidad de entrega pactada que impide el examen porque en el supuesto de la compraventa con expedición, aparte de que no es descartable que el examen pueda tener lugar antes del momento del envío, si procede el pago en el momento de la recepción de las mercaderías en destino (art. 58.2 CVCIM), la modalidad de entrega pactada (puesta en poder del transportista) no impide el examen en destino previo pago. En realidad, para ejemplificar la previsión del precepto la doctrina se muestra unánime

²⁰⁵⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 483.

²⁰⁶⁰ HONNOLD, 2009, p. 482, señala que la oportunidad de inspeccionar es relevante con relación al momento de la comunicación de la falta de conformidad que establece el art. 39 CVCIM. No obstante, también es posible que el ejercicio de este derecho de inspección, previsto en sede de pago del precio, no ofrezca una adecuada oportunidad para descubrir una falta de conformidad.

en aludir, como supuesto más frecuente en que el comprador no tiene derecho a examinar las mercaderías antes del pago del precio, al caso en que se acuerda el pago del precio a cambio de la entrega de los documentos representativos²⁰⁶¹; intercambio, entiéndase, que tendrá lugar durante el transporte de las mercaderías. De hecho, este era *único* supuesto al que se refería el art. 72.2 ULIS²⁰⁶² para negar el derecho de examen previo pago del precio²⁰⁶³ y, quizás, el único que merecería mención por mucho que, como hemos visto, incluso en casos de *documentary exchange* las partes pueden llegar a acuerdos para asegurar el examen previa expedición. Sea como fuere, todo dependerá de cómo se configure la cuestión en el contrato²⁰⁶⁴ pues no es la Convención, como tal, la que priva al comprador de la posibilidad de examinar las mercaderías previo pago del precio²⁰⁶⁵.

vi) Incumplimiento del comprador e identificación de las mercaderías

De la misma forma que, en sede de compraventa de ejecución en plaza, el discurso en torno a la transmisión del riesgo presta atención al incumplimiento del comprador que impide la entrega (art. 69.1 CVCIM) y a la identificación de las mercaderías con el contrato (art. 69.3 CVCIM) para poder afirmar si hay o no transmisión del riesgo al comprador, el planteamiento se reproduce en el art. 67 CVCIM con relación a la compraventa «que implica transporte»; a lo que aquí interesa –supuesto al que he ceñido mi estudio– la compraventa con expedición. Y de la misma forma que en aquella sede he argumentado que son dos cuestiones cuyo tratamiento permite prescindir del discurso de la transmisión del riesgo, en este momento no afirmaré cosa distinta.

²⁰⁶¹ HONNOLD, 2009, p. 482; MASKOW, 1987, p. 425; NEUMAYER/MING, 1993, p. 383; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 484; MOHS, 2010, pp. 848-489; BRUNNER/LERCH/RUSCH, 2019, p. 417.

²⁰⁶² Art. 72.2 ULIS: «Nevertheless, when the contract requires payment against documents, the buyer shall not be entitled to refuse payment of the price on the ground that he has not had the opportunity to examine the goods».

²⁰⁶³ Señala TUNC, 1966, p. 382, que se trata de una disposición conforme a los usos.

²⁰⁶⁴ HONNOLD, 2009, p. 482.

²⁰⁶⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 484.

A diferencia del art. 69.1 *in fine* CVCIM, que alude a la no recepción del comprador como pretendido caso de transmisión del riesgo y que – como he explicado– se quiere ampliar a otros incumplimientos del comprador que no permiten cumplir –o permiten suspender– la entrega por el vendedor, el art 67.1 CVCIM ninguna mención hace al supuesto en que el vendedor no puede cumplir su obligación de entrega (puesta en poder del porteador) a causa de un incumplimiento del comprador²⁰⁶⁶. Se suele citar como caso típico el supuesto en que corresponde al comprador la elección del transportista e incumple esta obligación²⁰⁶⁷, aunque en la revisión de los INCOTERMS 2020 que ya hice en su momento destaqué distintas obligaciones del comprador que podrían conducir a este resultado y no he de repetirlas.

Ante esta ausencia, y con una lectura literal y aislada de las normas de la transmisión del riesgo, algunos entienden que, conforme a la Convención, el vendedor pecha con el riesgo, si bien tendría –en su caso, entiéndase, si se dan sus requisitos– el remedio indemnizatorio, y señalan que se trata de un planteamiento desafortunado²⁰⁶⁸. Para otros, siendo esta solución injusta e incoherente con la prescrita por los términos comerciales²⁰⁶⁹, procede la aplicación analógica del art. 69.2 *in fine* CVCIM y que, extrapolado a la compraventa con expedición, determina la transmisión del riesgo al comprador desde el momento en que debe efectuarse la entrega –entiéndase, al porteador– y el comprador tiene conocimiento de que las mercaderías están a su

²⁰⁶⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 154, alude a un eventual «comportamiento negligente del comprador» que no permite la entrega. Pero en realidad se trata de atender, sin más, a cualquier incumplimiento del comprador que impida tal entrega o permita suspenderla.

²⁰⁶⁷ NICHOLAS, 1987, p. 495; ALCOVER GARAU, 1991, p. 235.

²⁰⁶⁸ ROTH, 1979, pp. 308-309. También baraja esta posibilidad NICHOLAS, 1987, p. 495; quien señala que tal remedio indemnizatorio sería el único recurso del vendedor en la medida en que el art. 70 CVCIM fuese inaplicable.

²⁰⁶⁹ *Vid.* la regla B3 (Transmisión de riesgos) de los INCOTERMS del grupo F y confróntense con las reglas B10 (Notificaciones). De forma muy resumida, el comprador corre con el riesgo si no designa al porteador, si el porteador no llega a tiempo para el que el vendedor pueda entregar, si el comprador no notifica con suficiente antelación su nombre al vendedor para que pueda entregar, no determina el momento para la entrega, no comunica cuál es el modo de transporte elegido y los requisitos de seguridad relacionados con dicho transporte, etc.

disposición para ello²⁰⁷⁰. Conforme a una tercera lectura, que también tiene en cuenta las soluciones ofrecidas por los INCOTERMS y que determinan la transmisión del riesgo al comprador cuando un incumplimiento por su parte determina que el vendedor no pueda realizar la puesta en poder del porteador, es de aplicación el art. 69.1 *in fine* CVCIM²⁰⁷¹.

En mi opinión, la falta de mención del incumplimiento del comprador en sede del art. 67.1 CVCIM²⁰⁷² no es nada que lamentar porque el incumplimiento del comprador que no permite cumplir –o permite al vendedor suspender– la entrega no ocasiona transmisión de riesgo alguna; reflexión prescindible por mucho que venga así expresada en los INCOTERMS. Estos –como ya sabemos– no se ocupan de regular el incumplimiento contractual y ofrecen un tratamiento absolutamente acotado de los conceptos de pérdida y deterioro en el sentido más literal de las expresiones que ha de complementarse con el sistema legal aplicable que, a mi entender, puede estructurarse renunciando a particulares normas sobre «transmisión del riesgo».

Sencillamente, se produce un incumplimiento frente al que el vendedor ha de reaccionar con el recurso al sistema de remedios según sus requisitos y consecuencias²⁰⁷³; instante a partir del cual lo que está claro es que el estricto estándar del art. 79 CVCIM deja paso al de diligencia en la conservación de las mercaderías que prevé el art. 85 CVCIM. Este último precepto hace referencia a la no recepción de las mercaderías; concepto de la recepción que, en virtud del art. 60.a)

²⁰⁷⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 155. Con anterioridad, alude a esta posible interpretación NICHOLAS, 1987, p. 495; pero no parece decantarse por esta opción o la expuesta en la línea de ROTH.

²⁰⁷¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 236. Recuerda el autor (p. 178) que, durante la elaboración de la Convención, se planteó introducir un precepto que regulase de forma global la relación del incumplimiento del comprador y la transmisión del riesgo tanto para el caso de compraventa con entre directa como indirecta; planteamiento que no prosperó.

²⁰⁷² Mención que tampoco se hace en ninguno de los preceptos de distintos textos legales que se inspiran en el art. 67 CVCIM como en el art. IV.A.-5:202(2) y (3) DCFR, el art. 145.2 y 3CESL o el art. 511-15.2 PCM ya mencionados.

²⁰⁷³ Capítulo 5, III.

CVCIM, adquiere amplitud al referirse a los actos a realizar por el comprador y que han de permitir al vendedor cumplir la entrega: en este caso, poner las mercaderías en poder del porteador.

Además, si el art. 67 CVCIM hiciese particular mención al incumplimiento del comprador que no permite la puesta en poder del porteador, la situación sería la misma que en el art. 69.1 CVCIM: el intérprete se vería empujado a extrapolar dicha previsión a distintos tipos de incumplimientos que, nótese, no se ajustarían exactamente al caso en que se impide al vendedor cumplir la entrega con la puesta de las mercaderías en poder del porteador. En el apartado anterior se ha analizado que el pago del precio procede, bien en el momento de la entrega de los documentos una vez que las mercaderías ya están en poder del porteador, bien en el momento en que el comprador las recibe en destino; es decir, con posterioridad al cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías. Y si el comprador incumple tal obligación, desde luego no hay transmisión del riesgo de la que hablar; si no que, entrando de nuevo la aplicación del art. 85 CVCIM, el vendedor ha de acudir al sistema de remedios. Y dada la estrecha interrelación que existe entre el cumplimiento de la obligación de entrega (puesta en poder del porteador) y la obligación de gestionar el transporte, por mucho que el vendedor técnicamente ya haya cumplido la obligación de entrega con la puesta en poder del transportista, en la medida en que sigue controlando el transporte, creo que, por ejemplo, cabe hablar de una suspensión de la obligación de entrega cuando el comprador no paga en el momento en que procede. Por eso decía antes, en sede del art. 58.2 CVCIM, que no hay como tal un especial derecho de retención del vendedor en caso de no pago del precio. Sencillamente se trata de acudir al sistema de remedios ante el incumplimiento del comprador.

Con relación a la identificación de las mercaderías con el contrato como requisito para que se pueda transmitir el riesgo, cabe recordar muy brevemente dos ideas explicadas en sede de compraventa de ejecución en plaza. Por un lado, la identificación de las mercaderías con el contrato, actuación necesaria en supuestos de compraventa de

géneros, ha de configurarse como una obligación del vendedor, cuyo cumplimiento es posible –según el caso– como acto preparatorio o de forma coetánea al cumplimiento de la obligación de entrega, que no precisa estructurarse en sede de unas normas sobre transmisión de riesgo ni concebirse como requisito para dicha transmisión. Por otro lado, un incumplimiento del comprador que impida la identificación de las mercaderías, bien con anterioridad (art. 65 CVCIM, por ejemplo), bien en el momento de la entrega, ni merece la reflexión de que el riesgo no ha sido transmitido²⁰⁷⁴, ni ha de animar al vendedor en todo caso a proceder a la identificación de las mercaderías para que dicha transmisión tenga lugar. Sencillamente, de nuevo, el vendedor ha de acudir al sistema de remedios, resuelto a comunicarse con el comprador, para conservar el contrato o ponerle fin. Y estos planteamientos, aplicados a la compraventa con expedición, conducen a concluir que el art. 67.2 CVCIM es, por tanto, como el art. 69.3 CVCIM, del todo prescindible y su contenido reubicable.

Cuando el art. 67.1 CVCIM dispone que el riesgo se transmite (*rectius* la obligación de entrega se cumple) con la puesta en poder del porteador, el art. 67.2 CVCIM añade: «Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo». Se presenta la disposición como una salvedad²⁰⁷⁵ o excepción²⁰⁷⁶ al art. 67.1 CVCIM, pero yo no la considero salvedad o excepción a nada. En realidad, la reflexión que procede es la necesidad de que las mercaderías puestas en poder del porteador estén identificadas *de alguna manera* con el contrato de compraventa en cuestión para poder entender que hay cumplimiento de la obligación de entrega *de ese contrato*²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁴ Tampoco la contraria, como plantean NEUMAYER/MING, 1993, p. 436.

²⁰⁷⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535.

²⁰⁷⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 142.

²⁰⁷⁷ Como ya he explicado, otros textos han optado por establecer, en sede de regulación de la transmisión del riesgo, una norma general que impone la identificación de las mercaderías con el contrato para que tenga lugar dicha supuesta transmisión. Ya he mencionado, el art. IV.A.-

La previsión ha de ser relacionada de inmediato con el art. 32.1 CVCIM, puesto que ambos son diferentes en la forma e idénticos en el fondo: «Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías»; previsión también reproducida por el art. IV.A.-2:204(2) DCFR²⁰⁷⁸, art. 96.2 CESL²⁰⁷⁹ y art. 511-6.3 PCM²⁰⁸⁰.

La doctrina no duda en concordar los arts. 32.1, 67.2 y 69.3 CVCIM para señalar que la transmisión del riesgo depende de tal identificación²⁰⁸¹; concordancia entre estos preceptos que ya nos avisa de una triplicidad normativa en cuanto a la obligación de identificar las mercaderías con el contrato que, a mi entender, es síntoma de esa

5:102(2) DCFR, el art. 141 CESL o el art. 621-17-2 CCCat y no es preciso volver a reproducirlos aquí. Por su parte, aunque el art. 511-6 PCM establezca una obligación de identificar las mercaderías con el contrato y se aligere así la regulación de la transmisión del riesgo en comparación con la de la Convención, el ya citado art. 511-15.2 PCM apela, en sede de transmisión del riesgo, a la necesidad de identificar las mercaderías para que tenga lugar dicha transmisión.

²⁰⁷⁸ Art. IV.A.-2:204 DCFR: «*If the seller, in accordance with the contract, hands over the goods to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods*».

²⁰⁷⁹ Art. 96.2 CESL: «Cuando el vendedor, de conformidad con el contrato, entregue al transportista bienes no claramente identificados como los bienes que deban suministrarse en virtud del contrato, mediante las oportunas señales, los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen los bienes».

²⁰⁸⁰ Art. 511-6.3 PCM: «Si el contrato incluyese la realización del transporte, el vendedor deberá, identificar los bienes claramente cuando los ponga en poder del primer porteador, o enviar al comprador un aviso de expedición en el que se identifiquen aquéllos de igual forma».

²⁰⁸¹ LANDO, 1987, p. 259; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 269, destaca el «criterio unitario» de los tres preceptos; BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 217. Misma concordancia se establece entre los arts. IV.A.-2:204(2) y IV.A.-5:102(2) DCFR en VON BAR/CLIVE, 2009b, pp. 1270 y 1374, y los arts. 96.2 y 141 CESL en ZOLL, 2012, p. 465 y ZOLL/WATSON, 2012, p. 604.

falta de sistematización que genera el tratamiento singular de la transmisión del riesgo. Lo importante a señalar es que, en sede del art. 32.1 CVCIM, no solo se dice que sin dicha identificación no habrá transmisión del riesgo²⁰⁸², sino que se añade que no habrá cumplimiento de la obligación de entrega²⁰⁸³. Y esta es la idea, como decía unas líneas más arriba, a la que hay que estar para reconocer, en su caso, la apertura del sistema de remedios en favor del comprador²⁰⁸⁴.

En la compraventa de ejecución en plaza, la intervención de ambas partes contractuales en el cumplimiento de la obligación de entrega reduce eventuales conflictos en torno a cuáles son las mercaderías adscritas/identificadas con el contrato. Pero en la compraventa con expedición, dado que el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor tiene lugar sin intervención del comprador, se destaca la importancia de la identificación de las mercaderías puestas en poder del porteador para evitar que el vendedor, con posterioridad a la expedición, identifique con el contrato mercaderías que hayan podido sufrir pérdidas y deterioros fortuitos²⁰⁸⁵.

No se trata de analizar aquí los posibles medios de identificación de las mercaderías²⁰⁸⁶ con el contrato más allá de destacar la flexibilidad y amplitud de los diversos actos con la que los arts. 32.1 y 67.2

²⁰⁸² El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 32.1 CVCIM impide la transmisión del riesgo según dispone el art. 67.2 CVCIM. En este sentido se expresan AUDIT, 1990, p. 84; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535.

²⁰⁸³ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 271; quien, no obstante, en un primer lugar dice que las obligaciones del art. 32 CVCIM no pueden considerarse parte integrante de la obligación de entrega (p. 269). BRUNNER/LAUTERBURG, 2019, p. 217.

²⁰⁸⁴ Con una visión completamente opuesta, y que no estimo acertada, NEUMAYER/MING, 1993, pp. 252 y ss., señalan que la falta de identificación de las mercaderías con el contrato solo tiene el efecto de retrasar el momento de la transmisión del riesgo, pero que no produce incumplimiento de la obligación de entrega del art. 31.a) CVCIM si, por ejemplo, la identificación se produce en destino.

²⁰⁸⁵ HONNOLD, 2009, pp. 524-525; NICHOLAS, 1987, p. 494; ALCOVER GARAU, 1991, p. 231; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535; NEUMAYER/MING, 1993, p. 435; WIDMER, 2010, p. 537; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 465.

²⁰⁸⁶ *Vid.* OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 144-148.

CVCIM reconocen que la identificación efectivamente se realiza²⁰⁸⁷ — y la entrega por lo tanto se cumple— y realizar una mención particular al caso del «aviso de expedición» al que alude el art. 32.1 CVCIM²⁰⁸⁸ que identifica las mercaderías con el contrato con posterioridad a su puesta en poder del porteador²⁰⁸⁹.

Si los arts. 32.1 y 67.2 CVCIM vienen a reconocer dos medios de identificación de las mercaderías con el contrato, aquel que tiene lugar con la puesta en poder del porteador de mercaderías ya identificadas con el contrato o identificadas en tal momento mediante diversos actos a los que se reconoce tal efecto y aquel que se ejecuta con posterioridad a tal puesta el poder mediante el aviso de expedición, no parece que se trate de una alternativa libremente a escoger por el vendedor. Más bien, parece que son las propias circunstancias del tráfico en el que las partes contratan las que, bien legitiman que la identificación sea posterior a la puesta en poder del porteador, bien no permiten que tal identificación sea previa o coetánea a la puesta en poder del porteador.

Esto es, entiendo que salvo que el contrato, los usos o la propia naturaleza de las mercaderías permitan o exijan otra cosa, las mercaderías han de estar ya identificadas o ser identificadas con el

²⁰⁸⁷ HONNOLD, 2009, pp. 524-525; quien llega a decir que, incluso cuando no se realiza la identificación mediante los documentos de expedición o las marcas sobre las mercaderías, la relación entre el tipo y cantidad de mercaderías y la descripción realizada en el contrato normalmente no permitirá dudar que estas han sido en efecto identificadas con el contrato. CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 270, señala que la identificación puede llevarse a cabo por cualquier medio que la posibilite de forma clara y suficiente. CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535, destaca que el art. 67.2 CVCIM tan solo alude a algunos modos con los que realizar tal identificación. También, respecto al art. 141 CESL, ZOLL/WATSON, 2012, p. 604, señalan que el precepto no es exhaustivo en cuanto a las diferentes posibilidades de individualización.

²⁰⁸⁸ El art. 67.2 CVCIM hace mención a una «comunicación».

²⁰⁸⁹ La versión española del art. 32.1 CVCIM dice que el aviso de expedición procede para especificar las mercaderías. Me parece más expresiva con la idea de identificar las mercaderías con el contrato la versión francesa del precepto cuando apunta al aviso de expedición «*en désignant spécifiquement les marchandises*».

contrato cuando son puestas en poder del porteador²⁰⁹⁰. Aunque se ha llegado a calificar como raro el supuesto en que no es posible identificar las mercaderías con el concreto contrato en el momento de la puesta en poder del porteador, se señala que tal será el caso en que se expiden cargamentos colectivos para varios compradores; supuesto en que procede el envío del aviso de expedición²⁰⁹¹ en el que sería suficiente aludir al número de unidades de mercaderías o su peso²⁰⁹² y que tampoco prejuzga posibles usos y prácticas, particularmente en la compraventa de productos a granel, en las que –en atención a diversos factores sobre los que no voy a entrar– quepa considerar el cargamento colectivo suficientemente identificado con los diferentes contratos y apreciar una comunidad de riesgo entre los distintos compradores²⁰⁹³.

Sea como fuere, procede destacar brevemente tres cuestiones relativas al aviso de expedición.

En primer lugar, y aunque el art. 67.2 CVCIM no aclare expresamente la cuestión, hay consenso en entender aplicable el art. 27 CVCIM²⁰⁹⁴ y considerar realizada la identificación desde el momento del envío del aviso y no su recepción por el comprador; lo cual sería coherente con

²⁰⁹⁰ Por ejemplo, en las explicaciones de HONNOLD, 2009, p. 319, en sede del art. 32.1 CVCIM parece priorizarse la identificación en el momento de la puesta en poder del transportista frente a la posterior identificación mediante el aviso de expedición.

²⁰⁹¹ Señala ZOLL, 2012, p. 456, que en la práctica comercial se trata de un documento que emite el vendedor y firma el porteador.

²⁰⁹² WIDMER, 2010, pp. 537 y 539-540. Con anterioridad, NICHOLAS, 1987, p. 494, quien califica el supuesto del cargamento colectivo como común. CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 270, apela a una «descripción precisa» de las mercaderías.

²⁰⁹³ En particular sobre estas cuestiones, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 148-153. Entre esos factores que permiten entender que existe tal comunidad de riesgo, destaca el autor que el cargamento en conjunto esté adecuadamente identificado mediante marcas o, fundamentalmente, mediante el documento de expedición (p. 152). HONNOLD, 2009, p. 526, menciona como factor indicativo que el conjunto esté cubierto por un seguro.

²⁰⁹⁴ Art. 27 CVCIM: «Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación».

el hecho de que otros medios de identificación de las mercaderías no requieren un conocimiento inmediato por parte del comprador de su efectiva realización²⁰⁹⁵.

En segundo lugar, y adentrándonos de nuevo en la dialéctica de la transmisión del riesgo, lo anterior confirma que los arts. 32.1 y 67.2 CVCIM no retrotraen –tal y como se suele afirmar– los efectos de la identificación al momento de la puesta en poder del porteador, sino que esta tiene eficacia *ex nunc* desde el envío del aviso, pues el art. 67.2 CVCIM solo establece que el riesgo no se transmite hasta la clara identificación de las mercaderías. Tal denominado efecto retroactivo sí resulta de una lectura combinada de los arts. 19.3²⁰⁹⁶ y 100²⁰⁹⁷ ULIS a menos que el vendedor conociese o debiese haber conocido en el momento de enviar el aviso que las mercaderías se habían perdido o deteriorado tras la puesta en poder del porteador; caso en que el riesgo se transmite en el momento del envío del aviso.

Se ha criticado la solución de la Convención en la medida en que posibilita la denominada «división del riesgo» durante el transporte y eventuales disputas sobre si la pérdida o deterioro se ha producido antes o después del envío del aviso²⁰⁹⁸. No obstante, también se ha dicho que, en la práctica, apenas se producirán dificultades dado que, como se acaba de ver, es el envío del aviso de expedición lo que

²⁰⁹⁵ NICHOLAS, 1987, p. 494; AUDIT, 1990, p. 88; ALCOVER GARAU, 1991, pp. 233-234; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535.

²⁰⁹⁶ Art. 19.3 ULIS: «Where the goods handed over to the carrier are not clearly appropriated to performance of the contract by being marked with an address or by some other means, the seller shall, in addition to handing over the goods, send to the buyer notice of the consignment and, if necessary, some document specifying the goods».

²⁰⁹⁷ Art. 100 ULIS: «If, in a case to which paragraph 3 of Article 19 applies, the seller, at the time of sending the notice or other document referred to in that paragraph, knew or ought to have known that the goods had been lost or had deteriorated after they were handed over to the carrier, the risk shall remain with the seller until the time of sending such notice or document».

²⁰⁹⁸ ROTH, 1979, pp. 297-298; ALCOVER GARAU, 1991, pp. 232-233; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 535; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 931. No presenta tal lectura crítica ANGELICI, 1981, pp. 236-237.

produce la identificación y no su recepción por el comprador²⁰⁹⁹. Del mismo modo, se señala que, con semejante previsión, por un lado, se evitan disputas sobre si el vendedor realiza la identificación de buena fe (cfr. art. 100 ULIS) y, por otro, se le estimula para que envíe el aviso de expedición cuanto antes; envío que normalmente puede realizar de inmediato tras la puesta de las mercaderías en poder del transportista²¹⁰⁰. Además, nótese que la regulación de la ULIS tampoco está exenta de la crítica sobre la denominada «división del riesgo», por mucho que se señale que su solución es más acertada que la de la Convención²¹⁰¹, pues así la establece en el caso de que el vendedor, en el momento del aviso, conociese o debiese conocer la pérdida o deterioro tras la puesta en poder del transportista.

La anterior mención a un posible envío inmediato del aviso de expedición conduce a la tercera y última cuestión a mencionar. A falta de indicación en los arts. 32.1 y 67.2 CVCIM, aunque se ha dicho que el vendedor puede enviar el aviso de expedición para identificar las mercaderías con un determinado contrato hasta el momento de su llegada a destino²¹⁰², lo cual no me parece oportuno, con carácter general se afirma que el vendedor ha de contar con un plazo razonable para ello desde que la puesta en poder del porteador *ex* art. 7.2 CVCIM²¹⁰³ e incluso hay quien apuesta por la inmediatez del envío²¹⁰⁴. Considero este último planteamiento bien encaminado en la línea con lo que se acaba de indicar en el párrafo anterior, aunque la inmediatez del envío no dejará de estar condicionada por las circunstancias del caso concreto. Del mismo modo, y como resultado, este enfoque viene a cuestionar que el aviso de expedición sea una

²⁰⁹⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 536; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 931.

²¹⁰⁰ VON HOFFMANN, 1986, pp. 291.292. También WIDMER, 2010, p. 540, subraya que está en las manos del vendedor evitar incertidumbres enviando el aviso de expedición de forma inmediata.

²¹⁰¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 233; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 147.

²¹⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 271, en sede del art. 32.1 CVCIM.

²¹⁰³ LANDO, 1987, pp. 258-259; WIDMER, 2010, p. 540, respecto al art. 32.1 CVCIM. HONNOLD, 2009, p. 319, dice que el aviso ha de ser «puntual».

²¹⁰⁴ ZOLL, 2012, p. 456, con relación al art. 96.2 CESL, dice que el aviso de expedición debe enviarse en el momento en que las mercaderías son puestas en poder del porteador.

modalidad de identificación de las mercaderías con el contrato que *temporalmente* difiera en gran medida de aquellas otras modalidades de identificación que tienen lugar en el momento de la puesta de las mercaderías en poder del porteador y, en consecuencia, reduce su singularidad y lo aproxima –o casi iguala– con estas últimas modalidades de identificación.

En fin, en la medida en que, en el ámbito del Derecho español, el art. 511-6.3 PCM tiene en cuenta el aviso de expedición como método para identificar las mercaderías²¹⁰⁵ y el art. 511-15.2 PCM, en sede de transmisión del riesgo²¹⁰⁶, apuesta por la eficacia *ex nunc* de la identificación al igual que la Convención, tendré en cuenta tal modalidad de identificación y las anteriores observaciones en mi propuesta orientativa. No obstante, he de decir que si la regla A8 (Comprobación/embalaje/marcado) de las once cláusulas de los INCOTERMS 2020, como ya expliqué, ya presupone como supuesto normal que las mercaderías son identificadas por el vendedor para su entrega, acaso la circunstancia de la identificación mediante el aviso de expedición responda a las particularidades, en el ámbito internacional, de modalidades de compraventa suficientemente cubiertas por los usos o prácticas aplicables y no merezca mención expresa en una eventual reforma de nuestro ordenamiento; reforma que, de contemplar una norma sobre la obligación del vendedor de identificar la mercadería con el contrato, habría de asumir como supuesto de hecho que dicha identificación tiene lugar antes del cumplimiento de la obligación de entrega, como acto preparatorio, o a más tardar en el mismo momento del cumplimiento de la entrega.

²¹⁰⁵ Art. 511-6.3 PCM: «Si el contrato incluyese la realización del transporte, el vendedor deberá, identificar los bienes claramente cuando los ponga en poder del primer porteador, o enviar al comprador un aviso de expedición en el que se identifiquen aquéllos de igual forma».

²¹⁰⁶ Art. 511-15.2 PCM: «En las ventas con expedición, si el vendedor no se ha obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se pongan en poder del primer porteador, siempre y cuando estuvieran claramente identificados. Si no lo estuvieren en tal momento, el riesgo se transmitirá cuando se proceda a su clara identificación».

Sea como fuere, lo que hay que tener claro es que sin identificación no hay cumplimiento de la obligación de entrega²¹⁰⁷. Decir que no hay transmisión del riesgo hasta la identificación, como hacen las normas hasta ahora analizadas, no requiere traer aquí de nuevo ese discurso, expuesto en la primera parte de la presente investigación, entorno a la máxima *genus numquam perit*, la obligación genérica y el riesgo de la prestación en sentido jurídico y/o económico. Decir que no hay transmisión del riesgo, como sabemos, es una manera indirecta de decir que no hay cumplimiento, a lo que ahora interesa, de la obligación de entrega y que el comprador tiene a su disposición el sistema de remedios. Y si se considera oportuno aludir al aviso de expedición como forma de identificación de las mercaderías con el contrato en una futura regulación, procedería invitar al vendedor a realizar tal aviso lo más prontamente posible para evitar que la identificación, y en consecuencia el cumplimiento de la obligación de entrega, se produzca pasado cierto tiempo tras la puesta en poder del porteador de *unas* mercaderías sin identificar con el contrato y se genere un posible clima de conflictividad.

C) Compraventa con entrega directa: compraventa con entrega en destino

i) Derecho de consumo

En línea con mi argumentario de que un sistema que permite al comprador acudir a los remedios ante el incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad en el momento previsto para su cumplimiento no precisa de una regulación de la transmisión del

²¹⁰⁷ Señala ROTH, 1979, p. 297 que, en la ULIS, no estaba claro si el aviso de expedición formaba parte o no de la obligación de *délivrance*. Y aunque TUNC, 1966, pp. 390-391, responda negativamente a tal cuestión cuando analiza el art. 100 ULIS y diga que con la puesta en poder del transportista se cumple la *délivrance* y se produce la transmisión del riesgo aunque las mercaderías no estén claramente destinadas al contrato en cuestión, no desconoce la «derogación» de la regla que establece el propio precepto a tal transmisión del riesgo. Y desde mi perspectiva, dejando de lado el sistema de remedios de la ULIS, a la postre ello es indicativo de que no ha habido cumplimiento de la obligación de entrega.

riesgo –pues, llegado tal momento, o el vendedor cumple y nada hay que remediar ni nada aporta hablar de transmisión de riesgo o el vendedor incumple y se abre el régimen de remedios–, creo que la ya derogada Directiva 1999/44/CE fue el primer paso para eliminar la disciplina de la transmisión del riesgo en el Derecho de consumo; vino, en realidad, a suprimir tal disciplina de su ámbito de aplicación²¹⁰⁸.

Reconozco que no se trata de una apreciación unánime²¹⁰⁹; aunque opino que posteriores desarrollos en el Derecho de consumo refuerzan mi postura por mucho que en este ámbito se hayan introducido –como enseguida explico– particulares normas sobre transmisión del riesgo. En efecto, si conforme a la orientación que he adoptado en este estudio entiendo que tales previsiones vienen a representar una duplicidad normativa sobre aspectos ya cubiertos, o que deberían estar cubiertos, por las normas sobre el cumplimiento e incumplimiento de la obligación de entrega y la conformidad, en la medida en que entiendo que el contenido de dichas previsiones puede ser integrado y vertido en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad y en sede de incumplimiento de tales obligaciones, creo que ello –insisto– reafirma mi planteamiento: el cuestionamiento sobre la utilidad de las previsiones sobre transmisión del riesgo también en el ámbito de consumo.

El impacto que aquella normativa de 1999 tuvo sobre la disciplina de la transmisión del riesgo, a pesar del silencio de sus preceptos respecto a esta, se aprecia con claridad en su regulación de la conformidad del bien con el contrato; concepto que, como ya indiqué²¹¹⁰, acoge en su seno el antiguo y particular supuesto del deterioro fortuito al que nuestro Derecho codificado aplica la disciplina de la transmisión del riesgo tras la perfección de la compraventa –puesta del bien a

²¹⁰⁸ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1007.

²¹⁰⁹ BIANCA, 2004, p. 188, argumenta que la cuestión, en realidad, se dejaba a las legislaciones nacionales que –en su opinión– prevén generalmente que el riesgo se transmite con la propiedad, cuestión esta última que obedece a regímenes muy distintos.

²¹¹⁰ Introducción, II.

disposición del comprador– y antes de la entrega *ex arts.* 1452 Cc y 333 Ccom. En efecto, el art. 3.1 Directiva 1999/44/CE estableció que el momento relevante para valorar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de conformidad del bien con el contrato era el del cumplimiento de la obligación de entrega; idea mantenida en el art. 10 Directiva (UE) 2019/771 para bienes de consumo²¹¹¹ y recogida, en nuestro Derecho interno, por el actual art. 117 TRLGDCU: el vendedor responde frente al consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

Y ante este mayor grado de vinculación del vendedor respecto de las cualidades del bien objeto del contrato que la regulación de consumo, junto a otros textos, presenta en comparación con nuestros códigos decimonónicos²¹¹², la doctrina mostraba su extrañeza con lo afirmado en el Considerando 14 de la Directiva 1999/44/CE: «las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos». La opinión general es que esa afirmación no era acertada²¹¹³: el requisito de la conformidad en el momento de la entrega (art. 3.1 Directiva 1999/44/CE) está barriendo el ámbito de aplicación de la doctrina de la transmisión del riesgo²¹¹⁴; lo cual viene expresamente resuelto para el supuesto del deterioro fortuito que queda absorbido en el concepto de la falta de conformidad.

²¹¹¹ También extrapolada por el art. 11 Directiva (UE) 2019/770 para los contenidos y servicios digitales, en la medida en que su conformidad se aprecia en el momento en que se cumple la obligación de su suministro.

²¹¹² Introducción, II.

²¹¹³ Señala MORALES MORENO, 2006d, p. 170, que no es propósito de la Directiva, según el citado Considerando, afectar al sistema de transmisión del riesgo de los Estados Miembros, pero el sistema de responsabilidad contractual que utiliza impacta sobre el momento de la transmisión del riesgo en caso de deterioro de la cosa. Se expresa con contundencia ORTÍ VALLEJO, 2003, p. 2766: «absoluta incompatibilidad entre el articulado de la Directiva y el citado considerando». También TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, p. 150: la expresión del Considerando 14 «no es en absoluto cierta».

²¹¹⁴ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1008.

A la cuestión de la conformidad del bien y la forma en que supera la disciplina de la transmisión del riesgo aludo en el siguiente epígrafe, pues en el presente estoy atendiendo a la obligación de entrega. Y a falta de mayores indicaciones sobre esta obligación en la Directiva de 1999 y a pesar de la declaración de su Considerando 14, el régimen sobre la conformidad de esta Directiva condujo a la doctrina española a afirmar que lo dicho respecto al deterioro fortuito procedía también respecto a la pérdida fortuita. En efecto, no se comprendería que el consumidor pudiese recurrir a los remedios por la falta de conformidad –deterioro fortuito, a lo que ahora interesa– existente en el momento de la entrega y, al mismo tiempo, se mantuviese *ex art.* 1452 Cc la particularidad de que tuviese que pagar el precio en caso de pérdida fortuita tras la perfección (léase puesta a disposición) del contrato pero antes de la entrega²¹¹⁵; esto es, no se comprendería que el consumidor no pudiese acudir al sistema de remedios ante el incumplimiento de la obligación de entrega que representaría esa pérdida fortuita.

Parece que la doctrina llega a la anterior conclusión indirectamente, como si se tratase de una argumentación *a pari* desde el supuesto de la falta de conformidad al del incumplimiento de la obligación de entrega; una interpretación integradora de la Directiva²¹¹⁶. Pero creo que no era preciso que la Directiva 1999/44/CE estableciese que el vendedor responde del incumplimiento de la obligación de entrega hasta el momento fijado para la entrega para considerar abrogado el art. 1452 CC en el ámbito del consumo. El mero hecho de que en este ámbito de la contratación con consumidores no se contuviese una norma de transmisión del riesgo debía ser suficiente para llegar a tal conclusión²¹¹⁷ a pesar, incluso, de la controvertida declaración del Considerando 14 de la Directiva. Además, mantener dos regímenes

²¹¹⁵ MORALES MORENO, 2006d, p. 171. Le siguen JUÁREZ TORREJÓN, 2013, p. 3854; TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, p. 151; ORTI VALLEJO, 2016, p. 142.

²¹¹⁶ Habla TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, p. 150, de una derogación implícita de la máxima *periculum est emptoris* en la Directiva 1999/44/CE; derogación que resulta de una lectura lógica de esta.

²¹¹⁷ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1009.

distintos para los supuestos –en su terminología clásica– de pérdida y deterioro fortuitos anteriores a la entrega podría ser un foco de conflicto sobre qué régimen procede aplicar en supuestos de dudosa diferenciación entre ambos²¹¹⁸.

Por supuesto, he de reconocer la comodidad con la que el transcurso de más de veinte años desde la publicación de la Directiva de 1999 y los desarrollos efectuados durante este tiempo me permiten realizar la anterior afirmación. Del mismo modo, como ya he adelantado, lo sostenido en los párrafos precedentes no es una opinión incontrovertida al interpretar el silencio del mencionado texto legal con relación a la transmisión del riesgo²¹¹⁹ e incluso, entre la doctrina española, se llega a sostener la supervivencia del régimen del art. 1452 Cc en general²¹²⁰.

En el ámbito de consumo, el vendedor responde pues por el incumplimiento de la obligación de entrega si, llegado el momento determinante para su cumplimiento, el vendedor no la cumple. Y si, como ya sabemos, siempre ha sido difícil definir en qué consiste entregar y determinar las distintas modalidades a través de las cuales se cumple la obligación de entrega, en lo que concierne a la legislación de consumo –si bien en su día nada se establecía expresamente en este sentido– se entendía que la modalidad de entrega relevante era la material²¹²¹; lo cual supone tener en cuenta todas las explicaciones realizadas hasta este momento –y que no he de

²¹¹⁸ Es una crítica semejante a la que en su momento achaqué a aquella interpretación del art. 1452 Cc según la cual el precepto solo atiende al caso de deterioro y no de pérdida fortuita.

²¹¹⁹ Para GRUNDMANN/GÓMEZ, 2004, p. 43, se trataba de una laguna relativamente menor puesto que sí se armonizó el momento pertinente para examinar la conformidad del bien con el contrato, dando una definición autónoma de la noción de entrega. En cambio, los Estados miembros seguían siendo los competentes, opinan los autores, para determinar el momento pertinente a partir del cual la pérdida de la cosa debe estar a riesgo del comprador. *Vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, pp. 153-154.

²¹²⁰ CARRASCO PERERA, 2014, p. 36, al analizar la transposición de la Directiva 1999/44/CE a nuestro Derecho interno, no consideraba incongruente con la regulación de consumo la aplicación del art. 1452 CC tanto para el caso de pérdida como de deterioro.

²¹²¹ FENOY PICÓN, 2013, p. 816.

repetir— sobre la comprensión de la entrega, en su modalidad de ejecución directa, como un acto bilateral a consumir mediante la puesta a disposición del vendedor junto a la recepción (aprehensión, asimiento) por parte del consumidor.

En efecto, que tal entrega material es la modalidad de entrega relevante en el ámbito de consumo es en su momento confirmado por el art. 18 de la Directiva 2011/83/UE cuando señala que «el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor»²¹²²; texto reproducido en el actual art. 66 *bis* TRLGDCU. Y añadir a esto otra disposición o una reflexión según la cual la transmisión del riesgo se produce en el momento del cumplimiento de la obligación de entrega no aporta absolutamente nada²¹²³. Aunque hay cierta tendencia en realizar tal afirmación²¹²⁴, creo que es innecesaria. Llegado el momento relevante para cumplir, hay cumplimiento o incumplimiento; y es en este segundo caso cuando los propios remedios, según sus requisitos y consecuencias, efectúan el reparto del riesgo del contrato; concepto distinto al clásico de la «transmisión del riesgo en la compraventa» que ha quedado superado. Ya no hay transmisión del riesgo *anterior* al momento fijado para la entrega, función propia de este expediente jurídico que queda periclitado por el sistema de responsabilidad contractual que presenta el Derecho de consumo, ni hay transmisión

²¹²² Como ya señalamos en GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1011, en nota a pie de página, aunque el Considerando 51 de la Directiva de 2011 diga que las modalidades de entrega deben seguir sometidas a la legislación nacional, resulta evidente que el legislador europeo está regulando una modalidad de entrega y no solo, como dice, el momento de entrega. Del mismo modo, cabría preguntarse qué aporta el término «control» al de «posesión material». Señala CARRASCO PERERA, 2014, p. 41, que el vendedor «no cumple con ninguna otra modalidad de entrega salvo con la entrega material, la puesta del bien bajo el control material del comprador o de la persona designada por el comprador». Y ante semejante explicación, cabe preguntarse si el término «control» es una redundancia innecesaria. Lo cierto es que en el mencionado Considerando 51 se aprecia cierta mezcolanza entre cuestiones atinentes a la entrega y la transmisión de la propiedad; aproximación de cuestiones que tal vez justifique la aparición del término «control» en esta sede.

²¹²³ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, pp. 1011-1012.

²¹²⁴ *Vid.* por ejemplo TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, p. 150: «la Directiva lleva a adoptar el criterio de la entrega al consumidor como referencia temporal para que pasen a éste los riesgos».

del riesgo *contemporánea* al momento de la entrega pues, como refleja el estudio que he realizado de nuestra normativa codificada, la disciplina de la transmisión del riesgo sencillamente ni se concibe ni funciona en tal supuesto.

No obstante, como ya advertí en su momento²¹²⁵, los diversos textos reguladores del contrato de compraventa que se enmarcan en el que se ha tenido a bien llamar el moderno Derecho de contratos siguen atados a las tradicionales normas sobre transmisión del riesgo cuando, en atención a la concepción unitaria y objetiva del incumplimiento que manejan, bien podría prescindir de tales específicas normas con una exhaustiva regulación de la entrega y la conformidad en sede de cumplimiento coordinada con las normas del incumplimiento. Y tal atadura se observa, a lo que ahora interesa, en textos de armonización europea relativos a la compraventa de consumo, como el art. IV.A.-5:103(1) DCFR²¹²⁶ o el art. 142.1 CESL²¹²⁷, que apelan al momento en que el comprador toma la posesión material del bien para la transmisión del riesgo; «*taking over of the goods*» y «adquisición material de los bienes», dicen respectivamente estos textos²¹²⁸. Se comprenderá que no insista mucho más en la afirmación de que estos preceptos, en realidad, están regulando indirectamente el método de cumplimiento de la obligación de entrega del bien en la compraventa de consumo y, para ello, bien podrían articular esta regulación en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y no en una prescindible y supuesta regulación sobre «transmisión del riesgo». De hecho, las disposiciones de estos preceptos no coinciden plenamente con la regulación de la entrega contenida en el art. IV.A.-2:201 DCFR y el

²¹²⁵ Introducción, II.

²¹²⁶ Art. IV.A.-5:103(1) DCFR: «*In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods*».

²¹²⁷ Art. 142.1 CESL: «En los contratos de compraventa de bienes de consumo, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes [...]».

²¹²⁸ Con relación al DCFR, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1377, se destaca la particularidad de este precepto; su carácter excepcional con relación a los restantes artículos reguladores de la transmisión del riesgo y que justificaría su existencia.

art. 94 CESL²¹²⁹; lo cual para mí es sintomático de la falta de sistematización que ocasionan las normas sobre transmisión del riesgo. Por supuesto, no hace falta que vuelva a traer aquí toda la complejidad ya estudiada que rodea el concepto de la puesta a disposición en la compraventa de ejecución en plaza y es suficiente lo señalado hasta ahora²¹³⁰. Tan solo añadiré que, en la compraventa de consumo, se vuelve a confirmar que la puesta del bien a disposición del comprador no es cumplimiento de la obligación de entrega pues hasta el momento de su recepción, el consumidor podría acudir a los remedios en caso de incumplimiento de dicha obligación el vendedor: la entrega es pues un acto bilateral que incluye la recepción del bien.

Y si, como digo, tal es la modalidad de entrega relevante en la compraventa de consumo como precisan tanto el art. 66 *bis* TRLGDCU como unas normas sobre transmisión del riesgo en el DCFR y CESL que no deberían ser tal, también encontramos en la legislación de consumo ejemplo de la mencionada atadura a las normas sobre transmisión del riesgo; concretamente, en el art. 66 *ter*

²¹²⁹ A diferencia del art. IV.A.-2:201 DCFR que regula la entrega y no menciona la compraventa de consumo, el art. 94.1(a) CESL sí que lo hace, viene a coincidir en su sustancia con el art. 142.1 CESL y, a mi entender, ello denota una duplicidad normativa que no se justifica. Dice el art. 94.1(a) CESL: «Salvo que se haya convenido otra cosa, el vendedor cumplirá su obligación de entrega: (a) en caso de un contrato de compraventa de bienes de consumo [...] que sea un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial, o en el que el vendedor se haya comprometido a disponer el transporte para el comprador, mediante la transmisión al consumidor de la posesión material o el control de los bienes [...]». Esta previsión sobre el método de entrega, se complementa con la relativa al lugar de entrega prevista en el art. 93.1(a) CESL que apela al lugar de residencia del consumidor. Señala ZOLL, 2012, p. 441, que se viene a establecer el lugar de cumplimiento en la forma más beneficiosa para el consumidor.

²¹³⁰ Con relación al art. IV.A.-5:103(1) DCFR, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1377, se destaca la particularidad de este precepto; su carácter excepcional con relación a los restantes artículos reguladores de la transmisión del riesgo y que justificaría su existencia. Respecto al art. 142.1 CESL, ZOLL/WATSON, 2012, pp. 605-606, señalan que el precepto no alude al concepto de «entrega» porque su regulación en el art. 94 CESL no es imperativa. Apuntan los autores que para la transmisión del riesgo [*rectius* cumplimiento de la obligación de entrega] no es suficiente que el bien esté listo para que el consumidor lo recoja.

TRLGDCU, introducido en 2014²¹³¹ para transponer el art. 20 de la Directiva 2011/83/UE²¹³² que aborda la compraventa de consumo que «implica el transporte» del bien. Dice el precepto: «Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste».

Se puede leer en el Considerando 55 de la Directiva de 2011 que la norma pretende responder a los posibles litigios que pueden surgir en «la determinación del momento de la transferencia del riesgo» en los casos en que los bienes son expedidos por el vendedor al consumidor y a la necesidad de que este último «esté protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido posesión material de los mismos»²¹³³. De ahí que, «[e]n cuanto al momento de la transferencia del riesgo, debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes cuando los ha recibido». Pero también se añade que, ello no debe ser así en los casos en que el consumidor «pueda elegir entre recoger él

²¹³¹ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

²¹³² Para CARRASCO PERERA, 2012, p. 330, este sobre transmisión del riesgo en los contratos traslativos con consumidores constituye uno de los tres remedios específicos introducidos en la Directiva 2011/83/UE.

²¹³³ La preocupación del legislador europeo por esta materia se justifica, entre otras cosas, porque entre las finalidades de la Directiva de 2011 se encuentra el fomentar las compraventas a distancia transfronterizas (cfr. Considerandos 4 y 5). Explica TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, pp. 153-155, que desde Europa se percibía una posible desconfianza de los consumidores en el mercado ante las diversas reglas estatales sobre la transmisión del riesgo de pérdida y deterioro de los bienes durante su transporte.

mismo los bienes o pedir a un transportista que lo haga»²¹³⁴. Lo cierto es que la primera regla del precepto se entiende comprendida en el ya mencionado art. IV.A.-5:103(1) DCFR, aunque no haga mención expresa a la expedición del bien; precepto del que se recalca su propósito protector del comprador²¹³⁵. Por su parte, el ya reproducido art. 142.1 CESL sí contempla específicamente dicha intervención del transportista, entiéndase, ofrecida por el empresario²¹³⁶.

Pues bien, reiterando lo ya dicho en otro lugar²¹³⁷, en mi opinión ni la norma de la Directiva europea ni su trasposición al Derecho español tendrían por qué haberse formulado como una norma singular sobre transmisión del riesgo por pérdida y deterioro fortuitos puesto que, una vez más, se trata de una regla que está definiendo indirectamente en qué consiste la entrega del bien.

El art. 66 *ter* TRLGDCU, que no ha sido modificado en las reformas más recientes de la legislación de consumo operadas en 2021 y 2022, viene a decir que en caso de expedición del bien al consumidor, el momento relevante para evaluar el cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad sigue siendo el de la entrega material del bien al consumidor o tercero indicado por él, siempre que ese tercero sea distinto del transportista.

²¹³⁴ Las reglas del art. 20 de la Directiva 2011/83/UE se mantienen por remisión en la Directiva 2019/771/UE.

²¹³⁵ Con carácter general, señalan VON BAR/CLIVE, 2009b, pp. 1378-1379, que el propósito del precepto es evitar que el consumidor asuma «riesgos imprevistos» que no podría anticipar o frente a los cuales probablemente no se ha proveído de un seguro. Con carácter particular, se señala que en virtud del apartado 3 de este precepto, no se aplica el ya estudiado art. IV.A.-5:202 DCFR relativo a la «transmisión del riesgo» en caso de compraventas que «implican el transporte de los bienes». El riesgo se transmite [*rectius*, la entrega se cumple] solo cuando los bienes son «*actually handed over to the buyer*». De esta manera, se apunta, se incentiva al vendedor a gestionar con el máximo cuidado el transporte del bien. Además, él está en mejor posición para calcular el precio e integrar en él el coste económico de eventuales riesgos del transporte en acuerdos comerciales a largo plazo y para obtener un seguro. El consumidor, en cambio, se toparía con mayores obstáculos en reclamaciones frente a terceros o al asegurador.

²¹³⁶ ZOLL/WATSON, 2012, p. 606.

²¹³⁷ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, pp. 1013-1014.

El Derecho de consumo determina, por lo tanto, que en una compraventa con expedición del bien al consumidor la regla es que la obligación de entrega no se cumple con la puesta del bien en poder del porteador (entrega indirecta), sino con la recepción del comprador *en destino* (entrega directa). Y con lo dicho, se observa que la norma introducida por la Directiva de 2011 no viene tan solo a resolver esa incertidumbre provocada por el silencio de los textos precedentes acerca del momento en que debía apreciarse la conformidad de los bienes con el contrato²¹³⁸. Con esa alusión que el precepto realiza –siguiendo una terminología antediluviana– a la transmisión del riesgo por pérdida y deterioro fortuitos en el momento en que el comprador la posesión material del bien, insisto, se viene a determinar no solo el momento relevante en que se debe apreciar la conformidad, sino que se regula cuándo se entiende cumplida la entrega. Y si la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro [*rectius* el cumplimiento de la obligación de entrega y la conformidad] ha de tener lugar en el momento en que el consumidor recibe el bien en la compraventa, por mucho que el precepto atienda solo a la compraventa con expedición²¹³⁹, no hace otra cosa que repetir lo dispuesto en los arts. 66 *bis* y 117 TRLGDCU. Y esto, para mí, confirma aquella interpretación doctrinal de que la normativa de la Directiva 1999/44/CE abandona la máxima *periculum est emptoris* y mi lectura, conforme a la cual, en realidad el Derecho de consumo vino *de facto* a superar la disciplina de la transmisión del riesgo.

En definitiva, en la compraventa de consumo con expedición del bien, da igual que el transporte lo haga el vendedor con sus propios medios, lo encargue a un tercero o se establezca una cláusula de portes debidos o pagados: la modalidad de entrega relevante es la material²¹⁴⁰. De hecho, así se pronunciaba la doctrina con anterioridad a la reforma de 2014 cuando nuestra legislación de consumo carecía de una previsión

²¹³⁸ Aunque así lo destaca TWIGG-FLESNER, 2012, p. 101.

²¹³⁹ Lo recalca TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, p. 156.

²¹⁴⁰ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1014.

expresa sobre el transporte del bien²¹⁴¹. Y acaso ello sea indicativo de que, más que ante una previsión necesaria, nos encontramos ante una oportuna aclaración –aunque situada en una supuesta norma sobre transmisión del riesgo– de un potencial punto dudoso²¹⁴².

Sin embargo, puede suceder, como señala el artículo, que «sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario»; segunda previsión del precepto que, también contemplada por el art. 142.4 CESL²¹⁴³, acaso susceptible de diversas interpretaciones²¹⁴⁴ que, a mi parecer²¹⁴⁵, debería entenderse referida al caso de que sea el propio comprador el que gestione directamente, al margen del empresario vendedor, la contratación del transporte con un tercero²¹⁴⁶. En este último caso, el art. 66 *ter* TRLGDCU nos está diciendo que la modalidad de entrega relevante es la puesta en poder

²¹⁴¹ MARTÍN ARESTI, 2010, pp. 59-60. Le sigue, FENOY PICÓN, 2013, p. 818.

²¹⁴² No obstante, CARRASCO PERERA, 2014, p. 45, considera que el art. 66 *ter* TRLGDCU no es una norma ni ociosa ni redundante porque, de no existir, entiende que sería de aplicación el art. 1452 Cc que –según su interpretación– conduciría a la transmisión del riesgo al comprador en el momento de la especificación; momento que –a lo que aquí interesa– coincidiría, a efectos prácticos y atendiendo a los límites de las estrategias probatorias, «con el instante en que el pedido hubiera sido *embarcado* en transporte para su entrega». La cursiva es del autor.

²¹⁴³ Art. 142.4 CESL: «Cuando el consumidor organice el transporte de los bienes [...] sin que esa opción fuese ofrecida por el comerciante, el riesgo se transmitirá cuando los bienes [...] se entreguen al transportista, sin perjuicio de los derechos del consumidor contra este último».

²¹⁴⁴ CARRASCO PERERA, 2014, p. 47. Considera el autor que la regla del precepto no es pertinente en este punto y «dará lugar a incertidumbres y a previsibles prácticas empresariales de elusión». No obstante, según indicamos GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1015 en nota a pie, hasta la fecha no parece haber causado mayores problemas, posiblemente, por no tratarse de un supuesto frecuente en la práctica. De hecho, el art. IV.A.-5:103 DCFR no la contempla.

²¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1015.

²¹⁴⁶ Para TWIGG-FLESNER, 2012, p. 101, la excepción se refiere al caso en que el consumidor encarga él mismo el transporte de los bienes y tal elección no es ofrecida por el empresario. SÁNCHEZ LERÍA, 2017, pp. 19-20, apela a la interpretación más protectora de los intereses del consumidor. A su entender, el supuesto ha de reducirse al caso en que es el consumidor el que manda y organiza, con sus propios medios, el envío del bien. Para el art. 142.4 CESL, dicen ZOLL/WATSON, 2012, p. 607, que la aplicación de esta previsión está sujeta a dos condiciones: que el consumidor gestione el transporte del bien de una manera no ofrecida por el empresario.

del bien en este tercero transportista (entrega indirecta), de modo que el empresario vendedor responde por el incumplimiento de la obligación de entrega y falta de conformidad hasta dicho momento. Y conforme a lo ya explicado hasta ahora, entiendo que con un pequeño ajuste en el actual art. 66 *bis* TRLDCCU, se podría señalar que el vendedor cumple su obligación de entrega de dos maneras: o bien mediante la transmisión de la posesión material de los bienes al consumidor o al tercero por él indicado, o bien mediante la transmisión de su posesión material al transportista contratado directamente por el consumidor al margen del empresario²¹⁴⁷. Así, se daría entrada al marginal supuesto²¹⁴⁸ del cumplimiento por parte del vendedor de la obligación de entrega mediante la puesta en poder del transportista (entrega indirecta) y, *a contrario sensu*, se entendería que, de gestionar este el transporte, la entrega relevante sigue siendo la material *en destino* (entrega directa). Además, se ganaría coherencia con el actual art. 117 TRLGDCU que apela al momento de la entrega, y no al de la transmisión del riesgo, como el relevante para la responsabilidad del empresario por la falta de conformidad²¹⁴⁹.

El art. 66 ter TRLCU, presentado como una norma *ad hoc* sobre transmisión del riesgo, ni es necesario ni es oportuno. Debería integrarse en la regla sobre el cumplimiento de la obligación de entrega, se dejaría atrás la supuesta norma sobre transmisión del riesgo y *no pasaría absolutamente nada*²¹⁵⁰.

Y al igual que he tenido la oportunidad de explicar con relación a los arts. 67 y 69 CVCIM, tampoco es precisa una previsión sobre transmisión del riesgo para, supuestamente, trasladar el riesgo al consumidor en caso de que el incumplimiento de sus obligaciones que

²¹⁴⁷ En realidad, no hace falta aludir a la hipotética responsabilidad de este transportista frente al consumidor como, en cambio, hace el actual art 66 *ter* TRLCU y también el art. 142.4 CESL. En este sentido, FENOY PICÓN, 2013, pp. 815-816.

²¹⁴⁸ Nótese que el art. IV.A.-5:103 DCFR directamente ni lo contempla lo contempla. Destaca OLIVA BLÁZQUEZ, 2015, p. 202, la inusual situación que regula el art. 142.4 CESL.

²¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1015.

²¹⁵⁰ *Idem*.

impidan al vendedor cumplir las suyas. En particular, la legislación de consumo carece de regulación expresa de la falta de cooperación del consumidor en la entrega; cooperación indispensable mediante la recepción de bien por el consumidor –cuando la modalidad relevante de entrega sea la material: entrega directa– o la elección e instrucción al transportista contratado por él para que recoja el bien –cuando la modalidad relevante sea la entrega al transportista: entrega indirecta–.

En su momento, el art. 23 de lo que fue la Propuesta del 2008 de la posterior Directiva 2011/83/UE²¹⁵¹ sí preveía esta posibilidad; aludiendo al supuesto en que «el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes». El precepto proyectado señalaba que en tal caso se transmitía el riesgo de pérdida y deterioro al comprador que «no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes»²¹⁵². Parece que se daba entrada a una diferenciación para activar o evitar la transmisión del riesgo dependiendo de si la falta de recepción fuese o no imputable al consumidor. Tal proceder se observa claramente en el art. IV.A.-5:103(2) DCFR²¹⁵³ o el art. 142.3 CESL²¹⁵⁴; este último, de

²¹⁵¹ Art. 23 de la Propuesta de 2008 de la Directiva 2011/83/UE: «1. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes./ 2. El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes».

²¹⁵² FENOY PICÓN, 2013, p. 815, considera la norma una propuesta razonable.

²¹⁵³ Art. IV.A.-5:103(2) DCFR: «*Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV. A. – 5:201 (Goods placed at buyer's disposal) applies.*».

²¹⁵⁴ Art. 142.3 CESL: «Salvo cuando se trate de contratos a distancia o contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el consumidor ha incumplido la obligación de aceptar los bienes [...], y el incumplimiento no estuviera exonerado según lo dispuesto en el artículo 88. En este caso, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor, o el tercero designado por el consumidor, haya adquirido la posesión material de los bienes [...] si la obligación de aceptarlos se hubiera cumplido».

compleja letra²¹⁵⁵ y que vendría a ser suprimido por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre el CESL²¹⁵⁶.

Lo cierto es que se han planteado distintas posibilidades para solventar el mencionado vacío²¹⁵⁷, aunque la práctica comercial demuestra que no es un asunto que haya generado conflictividad. Si se consultan las condiciones de compra de unas cuantas empresas de bienes de consumo, se aprecia que, tanto si la entrega se realiza en el establecimiento del empresario como si los bienes son expedidos, las empresas vendedoras van progresivamente informando a los consumidores de los plazos y horas aproximadas de entrega, de cuándo el bien ya está disponible y por cuánto tiempo y –en caso de envío de los bienes al consumidor– realizan en ocasiones dos o más intentos de entrega, de lo que informan al cliente. Y de no resultar fructíferos, es habitual que el bien sea devuelto a las instalaciones del vendedor, se informe de ello al consumidor y, pasado otro tiempo prudencial para una hipotética recogida por el cliente, en ocasiones la empresa vendedora acaba por resolver el contrato y devolver el precio

²¹⁵⁵ Redacción intrincada del apartado, señala DEL POZO CARRASCOSA, 2015, p. 453, que representa una «excepción» a lo dispuesto en el apartado primero. ZOLL/WATSON, 2012, p. 607, explican que el precepto pretende dejar fuera de su ámbito de aplicación los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento seguramente para evitar complicaciones con el derecho de desistimiento que el consumidor tiene en estas modalidades de contratación. En opinión de estos autores, en caso de incumplimiento inexcusable por el consumidor de su obligación de recibir el bien [cfr. art. 123.1(b) CESL] el último párrafo del apartado en cuestión, que también presentan como una excepción al apartado primero, no deja perfectamente claro cuál es el preciso momento en que se produce la transmisión del riesgo.

²¹⁵⁶ En consecuencia, señala OLIVA BLÁZQUEZ, 2015, p. 202 en nota a pie, el vendedor soportaría el riesgo incluso aunque el incumplimiento del consumidor en la recepción no fuese excusable. Tal modificación, opina el autor, busca aumentar la protección del consumidor y, además, es completamente coherente con la letra del art. 20 Directiva 2011/83/UE que no ha tomado en consideración esta posible «excepción».

²¹⁵⁷ *Vid.*, por ejemplo, CARRASCO PERERA, 2014, p. 47; TOMÁS MARTÍNEZ, 2014, pp. 157-158; SÁNCHEZ LERÍA, 2017, pp. 20-22. Con ello se observa que no es para nada unánime la opinión de OLIVA BLÁZQUEZ, 2015, p. 202, expuesta en la nota anterior, de que el incumplimiento, imputable o no, del consumidor que impide la realización de la entrega impide la transmisión del riesgo.

pagado al consumidor²¹⁵⁸. Y todas estas prácticas, que en efecto diluyen eventuales litigios, por supuesto no son facilidades concedidas *gratis et amore* por el empresario a los consumidores, sino que aquel ya las habrá tenido en cuenta para repercutirlas en el precio de venta de sus productos. Acaso el supuesto que puede generar algún conflicto sea aquel en que el bien permanece en una oficina de correos y sufre daños después del intento (o intentos) de entrega en destino o después de pasar el plazo razonable concedido al consumidor para su recepción en dicha oficina. En casos como este, señalaba expresamente el Considerando 38 de la mencionada Propuesta de 2008 que se transmite el riesgo al comprador²¹⁵⁹.

Como he dicho unas líneas más arriba, la falta de la necesaria cooperación del consumidor en el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor no ha de quedar cubierta por una supuesta norma de transmisión del riesgo. Lo que procede es atender a la obligación del consumidor de hacerse cargo del bien²¹⁶⁰, no expresamente regulada en la legislación de consumo, su eventual incumplimiento y al juego de remedios que, a través de sus requisitos y consecuencias, produce su propio reparto del riesgo de la contratación –no la antigua transmisión del riesgo, como ya he dicho– en sede de incumplimiento²¹⁶¹.

²¹⁵⁸ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, pp. 1016-1017.

²¹⁵⁹ Considerando 38 de la Propuesta del 2008 de la Directiva 2011/83/UE: «[...] Es preciso proteger al consumidor frente a todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes acaecido durante el transporte organizado o realizado por el comerciante. La norma introducida sobre transmisión del riesgo no debe aplicarse si el consumidor retarda indebidamente la toma de posesión de los bienes (por ejemplo, si el consumidor no los va a buscar a la oficina de correos en el plazo fijado por esta última). En esas circunstancias, el consumidor debe soportar el riesgo de pérdida o deterioro después del momento de la entrega acordado con el comerciante».

²¹⁶⁰ Destaca DEL POZO CARRASCOSA, 2015, p. 453 que tanto el art. 142.3 CESL como el art. IV.A.-5:103 DCFR responden a la idea de que el comprador tiene la obligación de recibir el objeto comprado *ex arts. 123.1(b) y 129 CESL y arts. IV.A.-3:101(b) y IV.A.-3:104(b)*.

²¹⁶¹ GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2022, p. 1017.

ii) CVCIM

Se ha dicho que el art. 31 CVCIM, en sede de cumplimiento de obligación de entrega, no prevé expresamente la obligación de trasladar (*Bringschuld, dette portable*) la mercancía hasta el comprador²¹⁶², hasta el destino previsto en el contrato²¹⁶³. Por mi parte, estimo que el inciso inicial del precepto sí hace alusión a tal supuesto cuando abre la regulación del precepto señalando «[s]i el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías *en otro lugar determinado...*»²¹⁶⁴ para, a continuación, establecer las previsiones en defecto de pacto. En cualquier caso, no hay duda de que sí existe una regulación expresa de tal supuesto en el texto convencional. Si, como he dicho en numerosas ocasiones, la regulación sobre transmisión del riesgo en realidad está previendo de manera indirecta en qué consiste la obligación de entrega, la compraventa con entrega a la llegada, modalidad de entrega directa, se regula en el art. 69.2 CVCIM²¹⁶⁵.

²¹⁶² BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 208.

²¹⁶³ ANGELICI, 1981, p. 234, califica el supuesto como una hipótesis intermedia entre *Bringschuld* y *Holschuld*.

²¹⁶⁴ Cursiva añadida. Como dice HEUZÉ, 2000, p. 216, del art. 31 CVCIM resulta que, salvo acuerdo o uso, no incumbe al vendedor «*faire parvenir*» las mercaderías al comprador. En sede del art. 31 CVCIM, NEUMAYER/MING, 1993, p. 245, distinguen la compraventa con expedición prevista en el apartado a) del precepto de «*les ventes à destination ou vente à l'arrivée (dette portable)*» en las que la puesta a disposición del comprador se produce «en un lugar determinado». Los autores parafrasean, como se observa, el inciso inicial del precepto. Con carácter general, señala MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 90, que no dice el precepto en qué consiste la entrega cuando el vendedor está obligado a entregar la mercadería en un lugar determinado. Entiende que debe regir el criterio de la puesta a disposición por «una evidente analogía» con los apartados b) y c) del precepto, ya que «no hay razón aparente para dejar al arbitrio del comprador la posibilidad de liberar o no al vendedor de su obligación de entrega, con el consiguiente abuso y fraude contractual cuando el comprador no tenga dispuestos los medios para hacerse cargo de las mercaderías, sin culpa del vendedor, que no tiene por qué soportar estas contingencias». Se comprenderá que no comparta el planteamiento del autor que, a mi entender, prescinde del carácter bilateral y la cooperación que caracterizan al cumplimiento de la entrega directa; aspectos que, según su parecer, solo cobrarían importancia en caso de incumplimiento del comprador de su obligación de hacerse cargo de las mercaderías.

²¹⁶⁵ Comentando el art. 31 CVCIM, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), p. 264, se remite al art. 69.2 CVCIM para tal modalidad de compraventa –a la llegada– y de entrega –

Dispone este último precepto: «No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar». La previsión ha sido reproducida por el art. IV.A.-5:201(2) DCFR²¹⁶⁶ y el art. 144.2 CESL²¹⁶⁷. Por su parte, el art. 511-15.1 PCM²¹⁶⁸, ya estudiado en sede de compraventa con entrega en plaza, también da cabida a la compraventa con entrega en destino porque, en el proceder de este proyecto que aligera las normas sobre transmisión del riesgo, ambas modalidades de compraventa contemplan una entrega directa²¹⁶⁹.

Aunque en la preparación del art. 69.2 CVCIM el legislador tiene en mente el supuesto en que la mercancía se encuentra depositada en el almacén de un tercero²¹⁷⁰, se concibe esta previsión como una «regla cajón de sastre»²¹⁷¹ a aplicar a aquellos casos no comprendidos en los restantes preceptos reguladores de la «transmisión del riesgo». Por ello, hay consenso en afirmar que la presente disposición acoge el supuesto en que el vendedor se obliga a transportar la mercadería para

directa-. En sede del art. 69.2 CVCIM, critica ALCOVER GARAU, 1991, p. 186, aquellas opiniones conforme a las cuales la presente modalidad de compraventa no está regulada por la Convención.

²¹⁶⁶ Art. IV.A.-5:201(2) DCFR: «*If the goods are placed at the buyer's disposal at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer's disposal at that place*».

²¹⁶⁷ Art. 144.2 CESL: «Si los bienes [...] se ponen a disposición del comprador en un lugar distinto del domicilio social del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador sepa que los bienes [...] están a su disposición en dicho lugar».

²¹⁶⁸ Art. 511-15.1 PCM: «Salvo que la pérdida o el deterioro de los bienes vendidos se deba a culpa del vendedor, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que, claramente identificados, se pongan a su disposición en el lugar y tiempo convenidos en el contrato».

²¹⁶⁹ La compraventa con entrega en destino también tendría encaje en el art. 1452.1 PMCC según explica el ya mencionado apartado XIII de la Exposición de Motivos del Proyecto. Ya tuve ocasión de aludir a la complejidad y ambigüedad que, a mi entender, presenta el primer apartado del precepto proyectado y la expresión «que el vendedor haga cuanto le incumba en el cumplimiento de la obligación de entregar». No es preciso que repita aquí lo ya explicado.

²¹⁷⁰ Capítulo 4, II, 3.

²¹⁷¹ Expresión de CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548. «*A catchall provision*» dicen STOCKS, 1993, p. 1433; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 938. También VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1382, con relación a la previsión homóloga recogida en el DCFR.

entregarla en el establecimiento del comprador u otro lugar distinto a su propio establecimiento²¹⁷², como el almacén de un tercero²¹⁷³, independientemente de que el transporte lo realice por sus propios medios o recurra a un porteador independiente²¹⁷⁴. Y si, como señalé en un momento, se concibe que la compraventa a la llegada y la compraventa en plaza son dos modalidades de compraventa con entrega directa que pueden recibir un mismo tratamiento jurídico, el art. 69.2 CVCIM vendría a poner distancia entre ambas.

En efecto, la apertura de la norma con la locución adverbial «no obstante» advertiría que la Convención concibe de forma distinta el cumplimiento de la obligación de entrega en la compraventa en plaza (art. 69.1 CVCIM) y la compraventa en destino. El art. 69.2 CVCIM adoptaría una regla distinta²¹⁷⁵. La transmisión del riesgo [*rectius* el cumplimiento de la obligación de entrega] se produciría con un acto unilateral del vendedor²¹⁷⁶ sin necesidad de recepción de la mercancía por parte del comprador²¹⁷⁷; se produciría, por tanto, en un momento anterior al dispuesto en el art. 69.1 CVCIM²¹⁷⁸: con la puesta a

²¹⁷² NICHOLAS, 1987, p. 504; ALCOVER GARAU, 1991, p. 185; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 125; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 544 y 548; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 475. AUDIT, 1990, p. 91 y HEUZÉ, 2000, p. 333, aluden de forma genérica a la entrega en destino. ROTH, 1979, p. 300, alude a un particular destino en general. NEUMAYER/MING, 1993, p. 448 y BRIDGE, 2008, p. 101, se refieren al establecimiento del comprador en particular.

²¹⁷³ Lo recalca el particular ALCOVER GARAU, 1991, p. 186.

²¹⁷⁴ HONNOLD, 2009, p. 534 y OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 206; quienes concuerda el precepto en relación con los INCOTERMS del grupo D. Así lo hacen también CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 475. En efecto, y según explica DEBATTISTA, 2019, p. 7 núm. 30, en la regulación de las cláusulas del grupo D —o del término FCA—, la regla A4, relativa al transporte, prevé no solo la *contratación* del transporte sino la posibilidad de que la parte contractual que ha de organizarlo *disponga* de él; expresión con la que se quiere aludir a la posibilidad de que dicho contratante recurra a sus propios medios de transporte y no solo a un tercero independiente. Se trata de una alternativa que ahora sí contemplan los INCOTERMS 2020 a diferencia de las previas versiones (p. 17 núm. 71-73).

²¹⁷⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548.

²¹⁷⁶ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 86.

²¹⁷⁷ SEVÓN, 1985, p. 205; AUDIT, 1990, p. 90; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 474.

²¹⁷⁸ HONNOLD, 2009, p. 536.

disposición; concretamente «cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar».

Y este adelantamiento del momento de la transmisión del riesgo [*rectius*, insisto, del cumplimiento de la obligación de entrega] se ha justificado con distintas reflexiones; próximas todas ellas. Se afirma que las mercaderías no se encuentran en el ámbito propio de poder, control y protección del vendedor, siendo en este supuesto mucho menores tales posibilidades de control sobre aquellas²¹⁷⁹; incluso se llega a decir que el vendedor no tiene tal posibilidad de control²¹⁸⁰ y que, por lo tanto, normalmente no contrata un seguro sobre las mercaderías²¹⁸¹. También se dice que ninguna de las partes se encuentra en mejor situación que la otra para controlar las mercaderías y prevenir eventuales riesgos²¹⁸². Así las cosas, vuelve a asomar esa idea de que el vendedor ha realizado todas las actuaciones que le incumben para posibilitar que el comprador se haga cargo de las mercaderías sin necesidad de contar con su ulterior colaboración²¹⁸³; puestas las mercaderías a disposición del comprador, se transmite el riesgo [*rectius* se cumple la entrega] aunque no haya transcurrido el tiempo previsto («*free time*») para su recepción («*taking over*»)²¹⁸⁴; esto es, no habría incumplimiento del comprador en la recepción²¹⁸⁵.

²¹⁷⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 544 y 548; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 204, en nota. También BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 474, destacan que las mercaderías no se encuentran en la esfera de control del vendedor.

²¹⁸⁰ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 126; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939.

²¹⁸¹ *Idem*. En similar sentido, HONNOLD, 2009, 537: «*the insurance practices [...] do not apply fully*». También MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 126, señala que en este supuesto no se dan las circunstancias de la compraventa en plaza; supuesto en que las mercaderías están en el establecimiento del vendedor con la consiguiente facilidad para este de asegurarlas y mantener su control.

²¹⁸² AUDIT, 1990, p. 90; HEUZÉ, 2000, p. 333; BOLLÉE, 2001, p. 268.

²¹⁸³ NEUMAYER/MING, 1993, p. 448. Le sigue CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549. Con anterioridad, SEVÓN, 1985, p. 205.

²¹⁸⁴ HONNOLD, 2009, p. 537. También MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 126. Pero préstese atención a como se pronuncia el autor: «el comprador corre con los riesgos en el plazo *concedido para la entrega*, durante el cual tiene las mercaderías a su disposición». La cursiva es añadida. Sus explicaciones suponen entender el art. 69.2 CVCIM como una norma que

Estimo que tanto la distinta solución que vendría a ofrecer el apartado segundo respecto al primero del art. 69 CVCIM como las anteriores observaciones no pueden ser asumidas sin cuestionamiento alguno. Si las cosas se miran despacio, por mucho que la mercancía que está siendo transportada no se encuentre en las instalaciones del vendedor, amparo máximo al que quedarían sujetas bajo ese concepto de la esfera de control, considero que las mercaderías siguen localizadas en el seno de la estructura organizativa o empresarial del vendedor, propiamente en su esfera de control. Y ello resulta evidente cuando el vendedor que recurre a sus propios medios de transporte; no pierde el control de aquellas²¹⁸⁶. De hecho, por poner un ejemplo, cuando el vendedor utiliza sus propios medios para enviar a destino las mercaderías, se considera aplicable la sub-s. 2-509(3) UCC²¹⁸⁷ de forma que el riesgo se transmite [a mi entender, la entrega se cumple] en el momento en que el comprador recibe las mercaderías precisamente porque el vendedor las tiene bajo su control y está en mejor posición para asegurarlas²¹⁸⁸. No obstante, para el caso en que el vendedor recurre a un transportista para entregar en destino, la sub-s. 2-509(1)(b) UCC²¹⁸⁹ –en resumen– considera suficiente la puesta a

verdaderamente regula la transmisión del riesgo; esto es, antes del cumplimiento (con la entrega) se le privaría al comprador de los remedios por «pérdida y deterioro fortuitos» (incumplimiento de la obligación de entrega y falta de conformidad) posteriores a la puesta a disposición. Pero como explico en el texto, en la compraventa a llegada no hay transmisión de riesgo alguna.

²¹⁸⁵ Para el DCFR, VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1381.

²¹⁸⁶ Lo subrayan ALCOVER GARAU, 1991, p. 225 y OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 204, aunque ninguna de los autores cuestiona el criterio de la puesta a disposición que establecería el precepto para la compraventa a llegada. Expresamente en contra a mi planteamiento se presentan las reflexiones de ANGELICI, 1981, pp. 235-236: la diferencia entre los dos primeros apartados del art. 69 CVCIM en que, en el segundo, pierde relevancia la consideración de que el vendedor, controlando materialmente la mercancía, se encuentra en menores condiciones para controlarlas («cautelarsi», dice el autor) frente a posibles riesgos.

²¹⁸⁷ Sub-s. 2-509(3) UCC Rev.: «*In any case not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the buyer on his[.] the buyer's[.] receipt of the goods*».

²¹⁸⁸ STOCKS, 1993, p. 1434.

²¹⁸⁹ Sub-s. 2-509(1)(b) UCC Rev.: «*If the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier: (b) if it does require the seller to deliver then at a particular destination and the goods are there tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there so tendered as to enable the buyer to take delivery*».

disposición; solución semejante a la del art. 69.2 CVCIM²¹⁹⁰. Pero incluso en este último caso, aunque el vendedor recurra a un porteador independiente, yo considero que el sigue manteniendo dicho control sobre las mercaderías porque no se debe olvidar que, por muy independiente que sea dicho transportista, *el compromiso* del vendedor es entregar en destino y responderá por las actuaciones de este porteador que, a mi entender, en el presente supuesto actúa como agente del vendedor²¹⁹¹. El caso, de nuevo, es aclarar en qué consiste esa entrega en destino; a que se ha comprometido el vendedor. Porque por mucho que, desde la perspectiva de la transmisión del riesgo, presenta capital importancia la reflexión de qué parte tiene bajo su control la mercadería para atribuir a esta, antes que a la otra, el riesgo, lo cierto es que la cuestión del riesgo se plantea tradicionalmente respecto a los eventos que exceden a dicho control y provocan el incumplimiento (cfr. art. 79 CVCIM). Y tal y como se concibe en la actualidad la responsabilidad contractual *lato sensu*, el comprador podrá verse privado del remedio indemnizatorio, pero no *a priori* de los restantes remedios; remedios que, por supuesto, también entrarán en aplicación según sus requisitos. Lo importante, insisto, es tener claro cuál es la promesa del vendedor para detectar cómo y cuándo cumple o incumple su obligación de entrega.

El concepto de la puesta a disposición tiene aquí otra oportunidad para mostrar su complejidad y, considerado aisladamente, dar a entender que su virtualidad, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de entrega, es mayor de la que realmente tiene.

Apela la doctrina al grupo D de los INCOTERMS que, según ya he explicado, contempla las compraventas a la llegada, para refrendar la

²¹⁹⁰ STOCKS, 1993, p. 1428, destaca diferencias entre ambos textos sobre las que no es necesario entrar aquí.

²¹⁹¹ Señala FLECHTNER, 2009, p. 537, que el transportista está cumpliendo la obligación de entrega del vendedor. Ninguna crítica a la solución del art. 69.2 CVCIM. En sede del art. 31 CVCIM, apuntan BRUNNER/DIMSEY, 2019, p. 208, que en las compraventas con entrega en destino el vendedor responde por la actuación de cualquier transportista al que recurra en el cumplimiento de su obligación, incluso si es independiente.

adecuación del criterio de la puesta a disposición del art. 69.2 CVCIM²¹⁹². En efecto, la regla A2 (Entrega) de los términos DAP, DPU y DDP²¹⁹³ determina que la entrega tiene lugar cuando el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador –con variaciones sobre si el vendedor debe o no descargar las mercaderías del vehículo de transporte en el punto de llegada–. Pero tal regla no puede ser leída aisladamente.

Dispone la regla B2 (Recepción) de estos términos comerciales que «el comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya entregado según lo estipulado en A2». Y si la Convención no compele expresamente al vendedor a notificar al comprador la puesta a disposición de la mercancía en caso de compraventa con ejecución en plaza, tampoco se lo exige en la compraventa con entrega a la llegada²¹⁹⁴. Pero tal notificación en cambio sí la establece la regla A10 (Notificaciones) de los INCOTERMS del grupo D: el vendedor debe dar al comprador cualquier aviso requerido [léase necesario, no solicitado] que permita al comprador recibir la mercancía. Se comprende que se trata de un aviso *anterior*²¹⁹⁵ a la puesta a disposición en destino, precisamente, para que el comprador adopte las medidas organizativas necesarias para hacerse cargo de las mercaderías en el momento de su llegada. Plantear o admitir, como

²¹⁹² Realizan tal concordancia HONNOLD, 2009, p. 534; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 206; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 475.

²¹⁹³ DAP (*Delivered at Place* - Entregada en Lugar), DPU (*Delivered at Place Unloaded* - Entregada en Lugar Descargada) y DDP (*Delivered Duty Paid* - Entregada Derechos Pagados).

²¹⁹⁴ Con relación al art. 69.2 CVCIM, subraya CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549 en nota a pie, que el precepto no exige «como presupuesto de la transmisión del riesgo [sic] la comunicación por el vendedor al comprador de que las mercaderías se encuentran a su disposición, sino el conocimiento por este último de dicha situación. Ahora bien, el admitir a efectos de transmisión del riesgo [sic] que basta que el comprador sepa que las mercaderías han sido puestas a su disposición sin que sea necesario que se lo haya comunicado el vendedor, que será lo normal, puede plantear conflictos por la incertidumbre que crea dicha solución. Sobre el sentido de la expresión a la que se alude en el texto conviene tener en cuenta que en los Incoterms en relación a [sic] supuestos de ventas contempladas en el artículo 69.2 se establece la obligación del vendedor de informar al comprador *pensando en un momento anterior al de la puesta a disposición de las mercaderías*» La cursiva es añadida.

²¹⁹⁵ *Idem*.

hace parte de la doctrina según señalé unos párrafos más arriba, que puestas las mercaderías a disposición del comprador en destino se transmite el riesgo [*rectius* se cumple la entrega] aunque no transcurra el tiempo previsto para su recepción por parte del comprador, no será otra cosa que una fuente de posibles litigios en caso de eventuales pérdidas y deterioros fortuitos en la medida en que la mercancía se encuentra bajo el control vendedor. Esta fue una de las razones por las que, en la compraventa de ejecución en plaza, se adopta el criterio de la recepción. El sistema ha de favorecer que tal «*free time*» no tenga lugar o que sea lo más breve posible; de ahí lo conveniente de que el vendedor informe al comprador de cuándo llegarán las mercaderías a destino. Se trata de un planteamiento basado en la cooperación contractual y que tienen el beneficio de evitar dudas sobre un posible incumplimiento del vendedor o del comprador de sus respectivas obligaciones en destino.

Ya se trate de una compraventa de ejecución en plaza o en destino, ambas son modalidades de compraventa con entrega directa; entrega que ha de comprenderse como acto bilateral a realizar entre vendedor (puesta a disposición) y comprador (recepción). Nada justifica, a mi entender, entenderlas de forma distinta. Destacaré la diferencia de que, si en la compraventa en plaza lo normal es que el vendedor comunique la puesta a disposición ya realizada, en la compraventa a la llegada el vendedor ha de comunicar cuándo tal puesta a disposición va a tener lugar para que el comprador esté presente para la recepción. Y no hace falta descender al detalle y entrar en la discusión sobre si las mercaderías son descargadas del transporte por el vendedor o el comprador; esto es, qué actuación corresponde a cada parte en ese intercambio bilateral²¹⁹⁶. La cuestión ha de quedar reservada para las disposiciones del contrato, las prácticas o los usos aplicables.

Por lo dicho hasta ahora, entiendo que los INCOTERMS del grupo D no pretenden dejar espacio entre la puesta a disposición y la recepción

²¹⁹⁶ ANGELICI, 1981, p. 235, señala que se trata de hipótesis para las que la práctica no siempre ofrece una valoración unívoca.

ni entender aquella como efectivo cumplimiento de la obligación de entrega. Así resulta de la combinación de las reglas A2, B2 y B10. Y cuando la regla A3 (Transmisión de riesgos) dice que «el vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta que se haya entregado de acuerdo con A2» mientras que la regla B3 (Transmisión de riesgos) señala que «el comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde que se haya entregado de acuerdo con A2», ello significa –como ya sabemos– que el vendedor responde por el incumplimiento de la obligación de entrega y se abre el sistema de remedios, con sus respectivos requisitos y consecuencias, en favor del comprador. No hay técnicamente verdadera transmisión del riesgo.

Y lo mismo creo que cabe decir respecto del art. 69.2 CVCIM en su aplicación a la compraventa con entrega a la llegada porque, por mucho que esta norma se presente como particular y distinta al supuesto del art. 69.1 CVCIM, las normas ya estudiadas sobre la simultaneidad del cumplimiento de la obligación de entrega y pago del precio –reflejo de la reciprocidad sobre la que se asienta el contrato– nos ilustran que, en lo que concierne a la entrega, *el resultado* al que aspira el comprador y reconoce el sistema es la recepción de las mercaderías: esto es lo que garantiza el vendedor. Y hasta tal momento, si el vendedor incumple cualquiera que sea la causa, han de abrirse los remedios en favor del comprador.

De hecho, de vuelta al art. 31 CVCIM sobre las distintas modalidades de cumplimiento de la obligación de entrega, WIDMER señala, en un primer momento, que el supuesto de la *Bringschuld* encajaría con el esquema de la Convención que concibe –supuestamente, añadido yo– la obligación de entrega como una puesta a disposición²¹⁹⁷ y menciona,

²¹⁹⁷ El autor pone en relación esta puesta a disposición en destino con la puesta a disposición que prevé el art. 31.b) CVCIM. TAMAYO CARMONA, 2000, p. 96, dice en sede del art. 69.2 CVCIM, al contrario de lo que sucede en el apartado anterior, en este supuesto «coincide la noción de *cumplimiento* de la obligación de entrega, con el momento de transmisión del riesgo: la puesta a disposición de las mercaderías». La cursiva es del autor. También

como suele hacer la doctrina, los INCOTERMS del grupo D. Pero se plantea el caso en que el comprador no se encuentre en destino o que no esté preparado para hacerse cargo de las mercaderías. El autor apela a la sujeción del vendedor al art. 85 CVCIM [porque, en efecto, el comprador habría incumplido], alude a eventuales actuaciones a realizar por aquél para volver a intentar la ejecución de la entrega y acaba concluyendo que, en la práctica, en estos supuestos la obligación de entrega solo puede cumplirse mediante la *handing over* de las mercaderías al comprador; quien respondería conforme a los arts. 53, 60, 61 y ss. CVCIM por su falta de cooperación²¹⁹⁸. Las reflexiones del autor se ciñen al supuesto en que la entrega tiene que realizarse en el establecimiento del comprador, pero estimo que son extrapolables al supuesto en que el vendedor ha de entregar a un tercero que, por muy independiente que pueda ser, en esta modalidad de compraventa ha de ser concebido como agente del comprador.

En fin, cuando el art. 69.2 CVCIM dice que el riesgo se transmite [*rectius*, la compraventa se cumple] «cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar», no nos está diciendo nada que no hayamos aclarado hasta el momento. Es un precepto que narra los pasos del vendedor en el cumplimiento de la obligación de entrega.

Pero la doctrina, desde la perspectiva de la disciplina de la transmisión del riesgo, realiza un análisis particular de su letra para explicar cuáles son los tres requisitos necesarios que se han de cumplir para que dicha transmisión tenga lugar: el vencimiento de la obligación de entrega, la puesta a disposición en el lugar convenido y el conocimiento del comprador de tal puesta a disposición²¹⁹⁹.

BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 85. Como explico en el texto, se trata de un planteamiento que no puedo compartir.

²¹⁹⁸ WIDMER, 2010, p. 519.

²¹⁹⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 210-216; HEUZÉ, 2000, p. 333. HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939. Algunos hablan de dos requisitos. AUDIT, 1990, p. 90: que la entrega sea debida y el comprador conozca la puesta a disposición.

En efecto, el vendedor ha de cumplir en el momento que derive del art. 33 CVCIM. Y dado que el precepto alude expresamente al momento en que debe efectuarse la entrega, ello mueve a la doctrina a realizar en esta sede mención particular al supuesto en que el vendedor realiza una puesta a disposición anticipada; caso en que la transmisión del riesgo tendría lugar solo cuando el comprador procede a la recepción de las mercaderías antes del momento relevante²²⁰⁰. El vendedor, en efecto, no puede instar a cumplir la entrega antes del momento del cumplimiento. Pero, aunque el comprador pueda rehusar la recepción antes de dicho momento *ex art. 52.1 CVCIM*²²⁰¹, no se debe olvidar que tal opción no es tan libre como a primeras pueda parecer; opción que no solo está limitada por la buena fe sino por el deber de mitigar eventuales daños²²⁰². Ello puede manifestarse de forma evidente en un supuesto de compraventa con entrega en destino.

En cuanto a la puesta a disposición en el lugar convenido, poco hay que añadir a lo que ya sabemos. Por un lado, la puesta a disposición se presenta como ofrecimiento necesario *para* el cumplimiento de la entrega bilateral. Por otro lado, evidentemente habrá de tener lugar en el lugar convenido. En otro caso, entramos en un escenario de incumplimiento que no procede tratar aquí.

Finalmente, el comprador ha de «tener conocimiento» de la puesta a disposición. De ahí que la doctrina niegue la aplicación del art. 27 CVCIM²²⁰³ al igual que parte de la doctrina entiende respecto a la

Para el DCFR, en VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1381, se apela a que tenga lugar la puesta a disposición y el conocimiento del comprador.

²²⁰⁰ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549; HEUZÉ, 2000, p. 333; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 211; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 474.

²²⁰¹ Art. 52.1 CVCIM: «Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción».

²²⁰² *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, 1997 (2006), pp. 458-459.

²²⁰³ AUDIT, 1990, p. 90; ALCOVER GARAU, 1991, p. 189; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939. Como dice ROTH, 1979, p. 300: «*“Awareness” implies actual knowledge*».

compraventa en plaza. Por necesidad ha de ser así en la medida en que el vendedor ha de llamar al comprador al cumplimiento.

En definitiva, en lo que concierne a la compraventa con entrega directa en destino, el cumplimiento de esta obligación ha de configurarse jurídicamente como la entrega en plaza. El art. 69.2 CVCIM se presentaría como una norma prescindible que solo hace una descripción de los pasos en el cumplimiento de la citada obligación que, normativamente, han de recogerse en sede de cumplimiento de la obligación de entrega. Y por mucho que mi planteamiento parezca contradecir no ya una interpretación sino una lectura literal del art. 69 CVCIM en su conjunto, a mi entender, tanto lo que se infiere de los INCOTERMS del grupo D como lo que exhorta a concluir el régimen unitario y objetivo de incumplimiento sobre el que se basa la Convención es que no hay lugar para una eventualmente conflictiva transmisión del riesgo²²⁰⁴; esto es, que puestas las cosas a disposición del comprador en destino, este se vea privado de los remedios en caso de pérdida o deterioro fortuitos (incumplimiento de la entrega y falta de conformidad) con anterioridad al momento en que se ha de producir la verdadera entrega bilateral con la recepción por su parte. Se acepte o no mi lectura del precepto, los anteriores planteamientos los tendré en cuenta en mi propuesta orientativa.

El problema del art. 69.2 CVCIM es que bajo el paraguas del concepto de la «puesta a disposición», que tiene una función y significado muy concretos en la compraventa con entrega directa, se ha querido dar cobertura a distintas modalidades de compraventa. Y de la misma forma que ALCOVER GARAU critica la abstracción que la interpretación de tal de tal concepto ha alcanzado en sede del art. 333 Ccom²²⁰⁵, el precepto de la Convención es criticable en la medida en

²²⁰⁴ Señala BRIDGE, 2008, p. 101, que es una característica sorprendente de esta previsión que el comprador soporte el riesgo [sic] sin haber incumplido el contrato.

²²⁰⁵ ALCOVER GARAU, 1991, p. 221.

que la generalización a la que somete el concepto de la puesta a disposición difumina su significado.

iii) PAPDC y CCCat: dos planteamientos a evitar

Si hago mención particular en esta sede a la PAPDC y el CCCat, no es con ánimo de realizar un estudio exhaustivo de la regulación que estos textos presentan sobre la compraventa con entrega en destino, sino con intención de llamar la atención sobre el hecho que tanto un texto como el otro han renunciado a regular la compraventa con expedición gestionada por el vendedor; esto es, la compraventa en que el vendedor cumple su obligación de entrega con la puesta del bien en poder del porteador independiente.

Normativamente, para ambos textos, la modalidad de compraventa «que implica transporte» verdaderamente relevante es la compraventa a la llegada (entrega directa), aunque también regulen el supuesto en que es el comprador quien gestiona tal expedición (entrega indirecta); supuesto que, claramente inspirado en la legislación de consumo, acaso presenta un halo de excepcionalidad. Y la forma en que ambos textos han reflejado normativamente tal regulación es diferente.

La PAPDC ha optado por introducir tal regulación en sede de normas sobre transmisión del riesgo aligerando, por tanto, la regulación sobre el cumplimiento de la obligación de entrega. El CCCat, por su parte, ha preferido reglamentar la cuestión en sede de cumplimiento de la obligación de entrega reduciendo, en consecuencia, la densidad normativa sobre transmisión del riesgo. En mi opinión, esta distinta metodología legal es reflejo de aquello sobre lo que siempre insisto: las normas sobre transmisión del riesgo definen indirectamente qué es cumplir la obligación de entrega del bien objeto del contrato.

Si el art. 532-2(1) PAPDC, en sede cumplimiento de la obligación de entrega, determina que el vendedor cumple tal obligación cuando pone

el bien en poder o posesión del comprador en el lugar establecido²²⁰⁶, es preciso ir a las denominadas normas sobre transmisión del riesgo para conocer cuál es la modalidad relevante de entrega en los supuestos que «implican el transporte de las mercaderías». El art. 535-2(2) PAPDC dispone: «Si el bien debe ser transportado para su entrega, el riesgo se transmite al comprador [*rectius* la obligación de entrega se cumple] cuando se entrega el bien al transportista escogido por el comprador». Y de este precepto se infiere *a contrario sensu* lo ya señalado: si la entrega ha de tener lugar en destino, para el proyecto resulta indiferente si el vendedor realiza el transporte por sí mismo o recurre a un tercero independiente. Este responde hasta que cumple la entrega en destino. El precepto solo concibe el cumplimiento mediante entrega indirecta si la expedición la gestiona el comprador; previsión evidentemente inspirada en la legislación de consumo como se infiere del restante contenido del citado precepto²²⁰⁷ y de la propia Exposición de motivos de la PAPDC²²⁰⁸.

Por su parte, el art. 621-17.1 CCCat, en sede de transmisión del riesgo, remite al precepto regulador del cumplimiento de la obligación de entrega para establecer el supuesto momento de la transmisión del riesgo²²⁰⁹, *rectius* el cumplimiento de la entrega. Como ya sabemos, nos encontramos ante dos normas que vienen a regular lo mismo:

²²⁰⁶ Art. 532-2(1) PAPDC: «El vendedor da cumplimiento a su obligación de entrega cuando pone el bien en poder o posesión del comprador en el lugar establecido».

²²⁰⁷ Art. 535-2(2) PAPDC: «Si el bien debe ser transportado para su entrega, el riesgo se transmite al comprador cuando se entrega el bien al transportista escogido por el comprador. No se considera que el comprador escoge el transportista si se limita a escoger entre los propuestos por el vendedor. Esta regla tiene carácter imperativo en los contratos de compraventa de consumo, sin perjuicio de que pueden establecerse mediante pacto condiciones más beneficiosas para el consumidor».

²²⁰⁸ En la Exposición de Motivos de la PAPDC (pp. 206-207) puede leerse que la sustitución del «abstruso artículo 1452 del Código civil» responde, entre otras consideraciones, a la búsqueda por aproximar el sistema de la Propuesta «al régimen de riesgos de la compraventa de bienes de consumo (art. 20 de la Directiva 2011/83/UE)».

²²⁰⁹ Art. 621-17.1 CCCat: «Los riesgos se transmiten al comprador en el momento de la entrega del bien o de los documentos que lo representan de acuerdo con lo establecido por el artículo 621-10».

sobran las previsiones sobre transmisión del riesgo²²¹⁰. En sede de cumplimiento de la obligación de entrega, el art. 621-10.3 y 4 CCCat recoge las modalidades de compraventa que «implican transporte de las mercaderías»²²¹¹.

El art. 621-10.3 CCCat dispone: «3. Si el contrato prevé el transporte a cargo del vendedor, este cumple su obligación con la entrega del bien, de acuerdo con lo que establece el apartado 1». Si el transporte es «a cargo del vendedor»²²¹², el precepto acoge la compraventa a la llegada²²¹³. El legislador catalán optaría, según se dice, por la solución más favorable al comprador²²¹⁴ al no contemplar la modalidad de cumplimiento mediante la puesta en poder al primer transportista independiente²²¹⁵. Incluso se llega a afirmar que esta última modalidad habitual en las compraventas transfronterizas «raramente» tiene lugar en la compraventa interna²²¹⁶; apreciación que no deja de ser una generalización. El presente apartado del art. 621-10 CCCat se remite, en cuanto a la forma en que se cumple la entrega, a lo dispuesto en el apartado primero del precepto. En efecto, tanto la

²²¹⁰ No comparto el planteamiento de GÓMEZ LIGÜERRE, 2018, p. 199, según la cual –ante la frecuencia en que la compraventa prevé el transporte del bien y la importancia de la regla de atribución de riesgo para tales supuestos– habría sido deseable que el legislador catalán hubiese introducido un precepto específico al respecto en sede de transmisión del riesgo.

²²¹¹ También se menciona al transporte, más bien a la ausencia del mismo, en el art. 621-10.2 CCCat para aludir a la compraventa en plaza; modalidad considerada como ordinaria dice BARRAL VIÑALS, 2018, p. 183; previsión en defecto de pacto, como apunta RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 214.

²²¹² Señala LAUROBA LACASA, 2021, p. 160, que la expresión supone que el vendedor asume tanto los gastos como la responsabilidad de la actividad de transporte.

²²¹³ BARRAL VIÑALS, 2018, p. 183; quien añade que la obligación de entrega en destino comporta la custodia del bien y que el vendedor asuma los riesgos del transporte. También LAUROBA LACASA, 2021, p. 160; quien destaca el carácter instrumental de la actividad de transporte. Respecto a esa custodia a la que alude la anterior autora, señala que no es una actividad individualizada como tal, sino un mero comportamiento que permite el cumplimiento de la entrega.

²²¹⁴ RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 213, en sede de transmisión de riesgo. La autora conecta esta solución con la de la legislación de consumo.

²²¹⁵ BARRAL VIÑALS, 2018, p. 184, en sede de obligación de entrega; RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 213, en sede de transmisión de riesgo.

²²¹⁶ BARRAL VIÑALS, 2018, p. 184; aunque la autora señala que tal modalidad tiende a expandirse por el auge del comercio transfronterizo, especialmente en Europa.

compraventa en plaza como en destino son dos modalidades de compraventa con entrega directa y en el CCCat se conciben jurídicamente de la misma manera²²¹⁷. Me remito por lo tanto a lo ya explicado en torno al art. 621-10.1 CCCat y concordantes y al concepto de la puesta a disposición²²¹⁸. Y la solución del precepto se aplica tanto si es el propio vendedor el que realiza tal transporte como si recurre a un tercero²²¹⁹; lo cierto es que así se deriva del siguiente apartado.

Conforme art. 621-10.4 CCCat, «[s]i el contrato prevé el transporte a cargo del comprador o este opta por un portador diferente del propuesto por el vendedor, el vendedor cumple su obligación con la entrega al primer portador y con el envío al comprador de los documentos necesarios para recibir el bien»; previsión cuyo supuesto de hecho ha sido calificado como excepción²²²⁰ de forma similar a lo que se apunta a la parecida previsión del art. 66 *ter* TRLGDCU²²²¹. La

²²¹⁷ Como señala GÓMEZ LIGÜERRE, 2018, p. 200, aunque el vendedor tenga que transportar el bien hasta destino, «sigue obligado a entrega el bien en los mismos términos que lo estaría en ausencia de transporte». También LAUROBA LACASA, 2021, p. 160.

²²¹⁸ Recordaré brevemente que la entrega relevante es la material.

²²¹⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, 2018, p. 200 y RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 215, en sede de transmisión del riesgo. También LAUROBA LACASA, 2021, pp. 160-161 en sede de obligación de entrega. La autora explica que art. 621-10.3 CCCat no es de todo preciso respecto al supuesto en que el vendedor recurre a un porteador. Aunque señala que su letra es ambigua y cabría pensar que el vendedor cumple la entrega en su establecimiento conforme al apartado primero del precepto –es decir, entrega indirecta con intervención del transportista–, entiende que es de aplicación el apartado tercero. No obstante, la autora sostiene que en la medida en que interviene el transportista, figura solo mencionada en el apartado cuarto del precepto y no en el tercero, debe integrarse lo previsto en este apartado con lo dispuesto en aquel sobre los documentos; es decir, el vendedor cumple su obligación de entrega no solo mediante la entrega del bien en destino, sino que además se requiere el «envío al comprador de los documentos necesarios para recibir el bien». Me remito a mi crítica relativa a hacer depender el cumplimiento de la obligación de entrega del bien de la entrega (o envío, como dice este precepto) del documento «necesario para recibir el bien» y la dificultad para deslindar estos documentos de los denominados «representativos». La entrega del bien y de los documentos son dos obligaciones distintas por muy relacionadas que estén.

²²²⁰ BARRAL VIÑALS, 2018, p. 184; quien concuerda la solución del precepto con el grupo F de los INCOTERMS.

²²²¹ De hecho, RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 214, concuerda el precepto en cuestión con el art. 66 *ter* TRLGDCU.

presente, por lo tanto, se trata de la única modalidad de compraventa indirecta que contempla el CCCat. Me remito a la crítica ya realizada en lo que concierne a hacer depender el cumplimiento de la obligación de entrega del bien del envío de los «documentos necesarios» para recibirlo. Son dos obligaciones diferentes cuyo cumplimiento puede tener lugar en el mismo o distinto momento; cuestión directamente conectada, como ya se ha explicado, con el momento y lugar del cumplimiento de la obligación de pago del precio²²²².

Pues bien, ante este panorama normativo, y en atención a una eventual reforma de nuestro Código civil, estimo que el anterior no se trata del ejemplo a seguir.

Resultaría artificioso prescindir en una eventual reforma de la importancia que la compraventa con expedición por el vendedor (entrega indirecta) tiene en el tráfico actual; relevancia que no solo presenta en el ámbito internacional –como se ha insinuado en el análisis de la regulación de CCCat, según hemos visto unas líneas más arriba– sino también en el nacional, tal y como demuestra los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales con los que, en particular, se ha tratado de encajar esta modalidad de contrato en la regulación de la compraventa contenida en el Ccom y cuyo desfase respecto del tráfico económico al que debe atender ha sido criticado de largo.

Con relación a los contratos que «implican el transporte del bien», según hemos visto, en el ámbito de la CVCIM se entiende que, en caso de duda, el vendedor se obliga a expedir (entrega indirecta) y no a trasladar la mercancía hasta el destino previsto en el contrato (entrega directa). Pues idéntica reflexión se hace en el seno de algunas regulaciones de derecho interno como, por ejemplo, en Derecho

²²²² Nótese que, en sede de transmisión del riesgo, la autora mencionada en la nota anterior apunta que no tiene lugar dicha transmisión [*rectius* no se cumple la entrega] si no se envían al comprador los documentos necesarios para recibir el bien. *Ibidem*, p. 216.

estadounidense²²²³ respecto a la sub-s. 2-509(1) UCC o en Derecho alemán²²²⁴ con apoyo en el § 269 BGB. Además, nótese también que la regulación estatutaria contenida en las sub-s. 29(1) y 32(1) SGA ya está predispuesta para concebir la compraventa que implica transporte como una compraventa con entrega indirecta²²²⁵ e, insisto, en el ámbito del art. 333 Ccom la preocupación principal es encajar en su letra la realidad de tal modalidad de contrato. Otra cosa, por supuesto, podrá derivarse del contrato o las prácticas o usos aplicables²²²⁶. Pero de todas las observaciones vertidas hasta el momento se deriva una tendencia a considerar, en caso de transporte del bien y al menos desde el punto de vista legal, que la compraventa con entrega indirecta es la norma y la compraventa a destino la anécdota.

El querer forzar (porque esto es lo que supone) a que se considere la compraventa a la llegada como la modalidad relevante de contrato que implica el transporte del bien representa, por un lado, una desconexión normativa con la realidad del tráfico y, por otro, un homenaje o una invitación a mantener una artificial división entre la compraventa civil y mercantil reprobada desde antaño. En efecto, iniciada la crítica a esta duplicidad normativa en la época codificadora²²²⁷, es mantenida

²²²³ STOCKS, 1993, p. 1425: «*When the contract is ambiguous as to delivery terms, the UCC implies that a shipment contract should be presumed*». Y recuerda en nota: «*the “shipment” contract is regarded as the normal one and the “destination” contract as the variant type*».

²²²⁴ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 359-360: «*It may be derived from this provision that, in case of doubt, there is no Bringschuld. [...] In a case like this, it must be presumed that the parties have agreed on a Schickschuld. In all other cases we are dealing with a Holschuld which may, therefore, be regarded as the normal content of the obligation*».

²²²⁵ Anecdóticas (vid. BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 448) o inexistentes [vid. TOLLEY, 2000 (2014), p. 291 y ss.] son las reflexiones sobre la compraventa con entrega en destino al comentar las normas mencionadas en el texto.

²²²⁶ En el ámbito de la CVCIM, y en la medida en que se reconoce que en la compraventa a la llegada el vendedor también puede recurrir a un porteador independiente, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 207-208, destaca las eventuales y «numerosas dificultades» para distinguir este contrato de aquel con entrega indirecta y la importancia de la integración del contrato (arts. 8.3 y 9.1 CVCIM). No obstante, como se deduce de lo explicado en el texto, no parece que tales dificultades de distinción a las que alude el autor sean un verdadero problema.

²²²⁷ Capítulo 1, III.

en el tiempo²²²⁸ y reafirmada en los actuales tiempos marcados por la apuesta por un modelo de Derecho de obligaciones y contratos unificado en el que, a lo que ahora interesa, carece de justificación la separación entre el régimen jurídico de la compraventa civil y el de la mercantil que habría de unificarse con la salvedad de las necesarias especialidades que requieran las compraventas con consumidores²²²⁹. No obstante, la distinta regulación de la transmisión del riesgo [*rectius* la modalidad de entrega] en la compraventa «que implica transporte del bien» de proyectos estatales como la PCM y la PAPDC vendría a ser un ejemplo de que no se supera esta inercia heredada que separa lo mercantil de lo civil. Y esta inercia se presenta de forma flagrante en la PCM –al ser una regulación que expande la especialidad de «lo mercantil» y se desmarca de esa tendencia unificadora de Derecho de obligaciones y contratos²²³⁰– y de forma incoherente en la PAPDC pues, si esta tiene por finalidad acabar con «el falso dilema» que separa los contratos civiles y mercantiles²²³¹, *de facto* viene a desconocer una realidad de importancia en el tráfico que tradicionalmente se ha querido encajar en el Derecho codificado.

La especialidad del Derecho de consumo en cuanto a la compraventa que implica transporte del bien se justifica, según se ha visto, por un

²²²⁸ Con carácter general, GARRIGUES, 1972, pp. 31-32, apela a una unificación del Derecho de obligaciones y la reducción del Derecho especial de la materia mercantil, la superación de la «vieja dicotomía» entre contratos civiles y mercantiles, la «emigración al campo del Derecho general» de instituciones reguladas en los códigos de comercio, la «comercialización del Derecho civil» y, en consecuencia, a una reducción del número de contratos que habrían de conservar el calificativo de mercantiles. En definitiva, «un Código único».

²²²⁹ MORALES MORENO, 2006c, p. 148.

²²³⁰ Una visión absolutamente crítica de la PCM, sobre la que aquí no puedo entrar, en atención a estos aspectos en GARCÍA RUBIO, 2014, *passim*; OLIVA BLÁZQUEZ, 2014, *passim*; GETE-ALONSO CALERA, 2014, *passim*.

²²³¹ *Vid.* el Prólogo de la PAPDC firmado por la Junta directiva (p. 15): «En algunos ámbitos el Código no responde a las actuales necesidades sociales y económicas, y se aleja de criterios compartidos en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico y cultural. Así, es el momento de terminar con la distinción entre contratos civiles y mercantiles que, si en su día pudo tener alguna justificación de oportunidad, constituye actualmente un falso dilema, que conviene superar mediante una regulación unitaria, cuya parte general, junto con la de los principales contratos típicos, así como los contratos de consumo, quede recogida en su sede natural, que es el Código Civil».

ánimo de proteger al consumidor. Pero, fuera de este ámbito, no se piense que el adoptar como modelo la compraventa con entrega en destino es la opción más favorable para el comprador según se reflexiona en el ámbito del CCCat. Aparte de que, previsiblemente, ello supondría un precio más elevado ante la mayor garantía que ofrece el vendedor, no se debe olvidar que, en la compraventa con expedición, este responde frente al comprador por la gestión del transporte y eventualmente por su deber de informar o gestionar un seguro que cubra el bien durante su traslado. Además, de recurrir a sus propios medios o dependientes para el transporte, no se estaría ante un caso de compraventa con expedición, sino de compraventa a la llegada. Finalmente, la compraventa con expedición habría de quedar reservada al supuesto en que el contrato autorice o requiera el envío del bien y mantenerse como supuesto en defecto de pacto la tradicional entrega en plaza. Con estas variables en mente, insisto, se comprende la opción de mantener la compraventa con expedición –al menos desde el punto de vista legal y sin perjuicio de que la integración del contrato conduzca a otra conclusión– como el supuesto normal en caso de que el contrato implique el transporte del bien.

3. Compraventa de mercaderías en poder de un tercero

Como he señalado en el sub-epígrafe anterior, en la preparación del art. 69.2 CVCIM el legislador tenía en mente el supuesto en que la mercancía se encuentra, en el momento de la conclusión del contrato²²³², depositada en el almacén de un tercero²²³³ y se sigue aludiendo a tal caso como el típico de aplicación del presente precepto; cuando las mercaderías se encuentran en unos *magasins généraux*²²³⁴ o una *public warehouse*²²³⁵. No obstante, remárquese que el precepto alude de forma genérica al supuesto en que el

²²³² Lo subraya ALCOVER GARAU, 1991, p. 186.

²²³³ Apreciación común: ROTH, 1979, p. 300; GOODFRIEND, 1984, p. 598, en nota a pie; ALCOVER GARAU, 1991, p. 187; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 548; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939.

²²³⁴ AUDIT, 1990, p. 90.

²²³⁵ HONNOLD, 2009, p. 534.

comprador se hace cargo de las mercaderías «en un lugar *distinto* de *un establecimiento* del vendedor»²²³⁶; expresión de mayor amplitud que el caso con el que se acostumbra ejemplificar la aplicación del precepto y que nos exhorta a concordar este con el art. 31.b) CVCIM²²³⁷. Porque si el art. 69.2 CVCIM ha de aplicarse en todos aquellas compraventas no cubiertas por los arts. 67, 68 y 69.1 CVCIM, ha de cubrir los supuestos del art. 31.b) CVCIM que, como señalé en su momento y recuerdo ahora brevemente, atiende a casos en que mercaderías (i) específicas, (ii) a extraer de una masa determinada, (iii) a manufacturar por un tercero o (iv) a producir por un tercero, son puestas a disposición «en un lugar determinado» o, como mejor expresa el art. 69.2 CVCIM, «en un lugar *distinto* de *un establecimiento* del vendedor»²²³⁸. En definitiva, aunque en esta sede haya esa inercia en pensar en las mercaderías depositadas en el almacén del tercero, el precepto acoge todo supuesto en que estas se encuentran «en las manos»²²³⁹ de un tercero independiente²²⁴⁰ y con abstracción de otros concretos aspectos circunstanciales.

No sería preciso volver a repetir los motivos ya expuestos que, comúnmente aceptados²²⁴¹, conducen al texto convencional a adelantar el momento de la transmisión del riesgo [*rectius*, cumplimiento de la obligación de entrega] al instante en que las mercaderías están a disposición del comprador en comparación con el

²²³⁶ Cursiva añadida.

²²³⁷ Mencionan la relación entre ambos preceptos ALCOVER GARAU, 1991, p. 186; WIDMER, 2010, p. 514.

²²³⁸ El art. 31.b) CVCIM alude genéricamente a la puesta a disposición de las mercaderías «en un lugar determinado» porque, en la medida en que el art. 31.c) CVCIM ya alude *al* [*rectius un*] establecimiento del vendedor, *va de soi* que el art. 31.b) CVCIM se aplica, como bien dice el art. 69.2 CVCIM, cuando las mercaderías son puestas a disposición del comprador «en un lugar *distinto* de *un establecimiento* del vendedor».

²²³⁹ Expresión de NEUMAYER/MING, 1993, p. 449.

²²⁴⁰ BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 474, ejemplificando la aplicación del art. 69.2 CVCIM diferencian, a mi entender sin necesidad y sin que ello sea muy exacto, entre el caso en que las mercaderías están depositadas en el almacén o en poder de un tercero independiente.

²²⁴¹ Como dice TAMAYO CARMONA, 2000, p. 96, el art. 69.2 CVCIM se trata de un precepto poco controvertido.

momento de la recepción que establece el art. 69.1 CVCIM. Pero sí reproduciré aquí una breve explicación, en torno a las variables del seguro y el control de las mercaderías, que condensa de forma muy expresiva cual sería el fundamento de la regla de este precepto para el caso que ahora estamos barajando: *«it is reasonable to assume that the buyer will have arranged to insure the goods from the time that the seller completes performance since it is unlikely that the seller would continue to insure goods not within his control»*²²⁴².

Y si el anterior fundamento justifica el considerar que «durante el lapso de tiempo concedido al comprador para que retire la mercancía del almacén del tercero el riesgo corre de su cargo[sic]»²²⁴³, se entiende que las mercaderías están a disposición del comprador cuando este recibe el documento que le faculta para retirar las mercaderías –«documentos representativos», dicen unos²²⁴⁴, «documentos relevantes», dicen otros²²⁴⁵, queriendo en efecto aludir a esa compleja categoría de «documentos representativos» del art. 58.1 CVCIM y contra los que cabe articular el pago del precio²²⁴⁶– o cuando el vendedor da instrucciones al almacenista para que las mantenga a disposición del comprador²²⁴⁷. Y respecto a esta segunda opción, y no con relación a la primera²²⁴⁸, existe cierta discusión entre quienes consideran que la instrucción al almacenista sería suficiente para cumplir el estándar del art. 69.2 CVCIM²²⁴⁹ y la opinión

²²⁴² STOCKS, 1993, p. 1445.

²²⁴³ ALCOVER GARAU, 1991, p. 188.

²²⁴⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 212.

²²⁴⁵ WIDMER, 2010, p. 514.

²²⁴⁶ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 939.

²²⁴⁷ ALCOVER GARAU, 1991, p. 188; quien expone la alternativa siguiendo los documentos de UNCITRAL influidos, apunta, por la solución de la sub-s. 2-509(2) UCC.

²²⁴⁸ Así se deriva de las explicaciones de CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549; BRIDGE, 2008, pp. 100-101; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 940. También es, por ejemplo, el enfoque que se adopta en Derecho inglés en torno a la sub-s. 29(4) SGA. Cfr. BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 440-442.

²²⁴⁹ SEVÓN, 1985, p. 205, entiende que sería suficiente que este fuese informado. Para OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 212-213 en nota a pie, la instrucción al almacenista también es suficiente. En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, 1997 (2006), p. 267. Aluden, sin

conforme a la cual es preciso que este reconozca que detenta ahora la mercancía para el comprador²²⁵⁰; parecer este último que se justifica por considerar que el almacenista, aunque figura independiente, actúa como agente del vendedor, de forma que este no cumpliría su obligación de entrega si aquel rechaza entregar (*hand over*) las mercaderías²²⁵¹.

Pues bien, la valoración que para mí merece esta breve descripción del funcionamiento, y fundamento, del art. 69.2 CVCIM en su aplicación a otro de los supuestos de hecho a los que da cabida es, en esencia, negativa; apreciación que fundamentalmente realizo –como ya advertí en el análisis de la compraventa con entrega en destino– por la abstracción y estiramiento a los que se somete el concepto de la puesta a disposición de las mercaderías para atender a modalidades de compraventa en las que, como indico en las próximas líneas, acaso hayan de prescindir de tal concepto.

Señala BRIDGE que una característica sorprendente de esta previsión, a diferencia del supuesto previsto en el art. 69.1 CVCIM, es que el comprador soporta el riesgo [sic] antes de que haya incumplido el contrato²²⁵². Y ante tal declaración, cabe preguntarse a qué incumplimiento se refiere el autor. Acaso a la obligación de retirar las mercaderías, según se derivaría del contexto de sus explicaciones; obligación cuya existencia intuyo que invariablemente se da por hecho cuando aquellas se encuentran en poder del tercero²²⁵³. Lo cierto es

más, a las instrucciones al almacenista MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 126; BOLLÉE, 2001, p. 269.

²²⁵⁰ NEUMAYER/MING, 1993, p. 449; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 549; BRIDGE, 2008, pp. 100-101; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 940; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 474.

²²⁵¹ WIDMER, 2010, pp. 514-515.

²²⁵² BRIDGE, 2008, p. 101.

²²⁵³ En sede del art. 31 CVCIM, cuando FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1997 (2006), pp. 266-267, alude a eventuales problemas interpretativos sobre en qué consiste la puesta a disposición para los que, según dice el autor, la Convención «apenas ofrece instrumentos de análisis y regulación». Tal es el caso, apunta, del supuesto en que las mercaderías están depositadas en el almacén de un tercero y señala: «del examen de la Convención, y en particular de la norma prevista en el artículo 31.b) Convención de Viena, lo único que se

que el propio art. 69.2 CVCIM alude expresamente a esta obligación del comprador de «hacerse cargo» de las mercaderías²²⁵⁴ [cfr. art. 60.b)]. Pero ante esta apreciación hay que decir que depende; depende del caso concreto que el comprador tenga la obligación de retirar o no las mercaderías que se encuentran en poder de un tercero y un régimen dispositivo ha de conceder suficiente flexibilidad para acoger ambas posibilidades.

Y ante esta alternativa, como adelanté en su momento al mencionar la diferencia entrega la obligación de entrega de la mercadería y la obligación de entrega de los «documentos relevantes», creo que cabría exponer dos hipótesis.

Por un lado, que el contrato conciba la anterior situación como estable y no haya un inmediato interés, bien del comprador bien del vendedor, en que las mercaderías sean efectivamente retiradas del poder del tercero que alcance a convertirse en verdadera obligación contractual. El comprador vendría a subrogarse en la posición del vendedor frente al tercero. En este caso, entiendo que no habría obligación de entrega directa –ni desde luego indirecta– de las mercaderías, que por supuesto no tendría lugar por esa puesta a disposición a la que apela el art. 69.2 CVCIM, en el sentido de que no va a haber recepción material por el comprador que es lo que consumiría tal entrega bilateral. La posesión sobre las mercaderías se adquiere de distinta forma. Lo relevante aquí es la obligación de transmitir *la disponibilidad* –que no «puesta a disposición» como dice el precepto ahora estudiado– de las mercaderías; lo cual se vincula con la obligación de transmitir su propiedad que, en su caso, se encauzaría a través de la entrega de los «documentos representativos» que, como digo, representarían de transmisión de la posesión sobre las mercaderías.

infiere es que *sigue siendo obligación del comprador el retirarlas*»; tarea que facilita el vendedor de la forma explicada en el texto. La cursiva es añadida.

²²⁵⁴ «Take over» y «retirer», dicen las versiones inglesa y francesa del precepto.

Y es así como la tradicional cuestión de la transmisión del riesgo se conecta con la obligación de transmitir la propiedad en el texto convencional y no hay que rasgarse las vestiduras por ello, por mucho que tal conexión pueda ser improcedente en la compraventa con entrega indirecta²²⁵⁵. En este caso, el comprador adquiere la posesión por otra vía; fenómeno traditorio también de naturaleza bilateral, encauzado –en su caso– por la obligación de entrega de los documentos relevantes y a través del cual se canaliza la simultaneidad del intercambio entre las mercaderías y el precio y la transmisión de la propiedad sobre estas. Y siendo esta la obligación de referencia, el vendedor responde hasta tal momento por la materialidad de las mercaderías –tradicionales pérdida y deterioros, a lo que aquí interesa, fortuitos– borrando por lo tanto un espacio previo para que entre en juego la disciplina de la transmisión del riesgo.

Por otro lado, es posible que el contrato conciba como transitoria la situación en que el tercero está en poder de la mercancía, porque el vendedor tiene interés en que finalice esa relación con el tercero iniciada, mantenida, costeadada por él y el comprador tiene interés en hacerse cargo de las mercaderías; caso en el que, en efecto sí existe la obligación de retirarlas. Y por mucho que aquí pueda tener lugar, como adelanté en su momento aunque no necesariamente, una *previa* entrega de los documentos, acaso representativos, que permitan al comprador hacerse cargo de las mercaderías en poder del tercero, además supongan la transmisión de la propiedad sobre estas y a través de ellos se encauce el intercambio simultáneo de las mercaderías y el precio tal y como correctamente posibilita el art. 58.1 CVCIM, todavía está pendiente el cumplimiento de la *posterior* entrega directa de las mercaderías con la recepción de estas por el comprador. En efecto, no me convence la solución del precepto de que «poner a disposición» –acto realizado, según se dice, bien mediante las instrucciones al tercero, bien mediante la entrega de los documentos

²²⁵⁵ Dicen NEUMAYER/MING, 1993, p. 450, que al contrario de lo que prevé el art. 67.1.III CVCIM, en sede del art. 69.2 CVCIM, la retención del documento por el vendedor impide la transmisión del riesgo [sic].

relevantes— sea cumplir la obligación de entrega de las mercaderías ni creo que haya que ponderar una feliz coincidencia entre los arts. 31.b) y 69.2 CVCIM al contrario de lo que sucedería entre los arts. 31.c) y 69.1 CVCIM. Y aquí son lícitas y de interés las dudas de BRIDGE.

En efecto, causa sorpresa, como decía el autor, que el comprador soporte el riesgo, aunque todavía no haya incumplido el contrato; mejor dicho, que el vendedor no responda por un eventual incumplimiento fortuito (tradicionales pérdidas y deterioros fortuitos), a lo que ahora interesa, de su obligación de entrega que se consumaría con la recepción por el comprador. Este es el resultado razonable al que aspira el comprador que creo que ha de asumir y proteger un régimen dispositivo como parte de la garantía del vendedor en un supuesto como el que ahora analizo.

Y añade BRIDGE que el art. 69.2 CVCIM no concede al comprador tiempo para adoptar las medidas organizativas necesarias antes de soportar la carga del riesgo [sic]. Incluso el autor llama la atención sobre el hecho de que ni siquiera hay una previsión similar al art. 32.3 CVCIM que eventualmente obligue al vendedor a proveer al comprador, con suficiente antelación, de la información necesaria para que este pueda contratar un seguro sobre las mercaderías en poder de ese tercero; obligación que el autor apuesta por extraer a través de la aplicación del art. 7.2 CVCIM²²⁵⁶ para tratar de establecer un justo equilibrio entre las necesidades del vendedor, cuya póliza de seguro quizás no alcance a cubrir las mercaderías en poder de terceros, y del comprador, que no parece haber tenido oportunidad para asegurar tales mercaderías²²⁵⁷.

En efecto, parece que el precepto articula una solución sorpresiva para el comprador porque si la puesta a disposición, propiamente hablando,

²²⁵⁶ Art. 7.2 CVCIM: «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

²²⁵⁷ BRIDGE, 2008, p. 101.

es un ofrecimiento al comprador para que la entrega de las mercaderías, mediante su recepción, tenga lugar en un plazo razonable que este último precisa, parece que el art. 69.2 CVCIM desatiende esta necesidad. Y esto sería así salvo que reflexionemos, tal y como hacía en sede de los arts. 1452 Cc y 333 Ccom, que la puesta a disposición *per se* ha de ser tempestiva y no sorpresiva, el comprador acaso ya habría tenido tiempo para organizarse y proceder a la retirada de las mercaderías y si no lo ha hecho, nada cabe reprochar al vendedor *que habría hecho todo lo que le incumbe para cumplir*. Pero estimo que esta reflexión, propia de la disciplina de la transmisión del riesgo, difícilmente tiene ya cabida y cabe traer aquí a colación ideas ya expuestas en sede de compraventa con entrega de las mercaderías a la llegada.

Plantear que con la puesta de las mercaderías a disposición del comprador se transmite el riesgo [*rectius* se tiene por cumplida la obligación de su entrega] aunque no transcurra el tiempo previsto para su recepción por parte del comprador, no será otra cosa que una fuente de conflictividad, en caso en caso de eventuales pérdidas y deterioros previos a su retirada, en la que se verán involucrados el comprador, el tercero y el vendedor.

Aunque desde la perspectiva de la transmisión del riesgo pueda ser cierto que la variable de un eventual seguro sobre las mercaderías contratado por el vendedor o el comprador no parece que en el presente supuesto sea lo suficientemente ilustrativa para decidir «atribuir el riesgo» a este o a aquel, por mucho que el tercero sea independiente, me parece cuestionable asumir en todo caso una posición de ajenidad del vendedor; asumir la idea de que las mercaderías se encuentran fuera de su esfera de control. Porque, aunque lo que voy a decir parezca una perogrullada, antes de la celebración del contrato entre vendedor y comprador, hay una previa relación entre el vendedor y ese tercero en la que ahora interviene el comprador para retirar las mercaderías. Y aunque el supuesto no sea exactamente el mismo, de la misma forma que se reflexiona que los fallos, incluso fortuitos, de los proveedores no monopolistas del

deudor, aun elegidos con el máximo cuidado, no servirán al deudor para exonerarse porque ha de entenderse que aquellos se encuentran en la esfera de control de este que, típicamente, selecciona con total libertad a sus proveedores²²⁵⁸, en el supuesto ahora estudiado nos encontramos con que el vendedor recurre a un tercero para que guarde/detente las mercaderías o, como dice el art. 31.b) CVCIM las produzca o manufacture; casos en los que, como digo, me cuesta aceptar como incontrovertido que el vendedor carezca de capacidad de control. Y a pesar de que en el caso concreto se supere el filtro del art. 79 CVCIM y el vendedor no responda *stricto sensu*, siguen abiertos en favor del comprador, según sus requisitos, los restantes remedios porque, como digo, la expectativa razonable a proteger es la retirada (entrega directa) de las mercaderías por el comprador.

Las normas ya estudiadas sobre la simultaneidad del cumplimiento de la obligación de entrega de la mercadería y pago del precio –reflejo de la reciprocidad sobre la que se asienta el contrato– nos ilustran que, en lo que concierne a la entrega, *el resultado* al que aspira el comprador y reconoce el sistema es la recepción de las mercaderías. Y ello sin perjuicio de que, en efecto, quepa articular el pago contra la entrega de los documentos como paso *anterior* al cumplimiento *posterior* de la obligación de entrega de las mercaderías.

En definitiva, y tal y como indiqué con relación a la compraventa con entrega a la llegada, en la compraventa de mercaderías en poder de un tercero el cumplimiento de la obligación de su entrega ha de configurarse jurídicamente como la entrega en plaza.

²²⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1069-1070, siguiendo a STOLL, cuando interpreta el art. 1105 Cc a la luz del art. 79 CVCIM. Y añade el autor posteriormente: «la responsabilidad del simple vendedor-intermediario no puede llegar tan lejos como la del vendedor-fabricante, porque el defecto no se origina en su ámbito de control. Pero es discutible que baste para exonerarle la demostración de que el proveedor de la cosa defectuosa, libremente elegido por él, es una firma acreditada, y él mismo, por su parte, adoptó las medidas usuales, o razonablemente exigibles en el caso concreto, para la detección de posibles defectos».

No me parece oportuna la solución que viene a ofrecer el art. 69.2 CVCIM para el supuesto ahora analizado pues, por un lado, su aplicación podría ser conflictiva en el caso concreto –lo cual es otro factor que, según señalé en su momento²²⁵⁹, tratarían de evitar las denominadas normas sobre transmisión del riesgo de la Convención– y, por otro, entiendo que no se ajusta al régimen de incumplimiento unitario y objetivo de incumplimiento cuando el interés a proteger es el cumplimiento de la entrega de las mercaderías (puesta a disposición más recepción). Si en el caso concreto no existe tal interés protegido –por ejemplo, porque el comprador pretende mantener las mercaderías en poder de ese tercero para futuras transacciones– la obligación del vendedor, según señalé, adquiere otra dimensión y, en tal supuesto, tampoco nos encontramos ante un verdadero caso de transmisión del riesgo. *De lege ferenda*, por lo tanto, creo que nada habríamos de tomar de este art. 69.2 CVCIM.

4. Compraventa de mercaderías en tránsito

A) Aproximación a su singularidad y esbozo de un enfoque alternativo para su regulación

Mi razonamiento a lo largo de las anteriores páginas se ha basado en la idea de que las denominadas normas sobre transmisión del riesgo vienen a definir indirectamente en qué consiste la obligación del vendedor de entregar las mercaderías. Sin perjuicio de la crítica realizada al art. 69.2 CVCIM, estas son normas que podrían ser en esencia reescritas en sede de cumplimiento y prescindir del armazón de «la transmisión del riesgo»; disciplina que, a mi entender, queda superada por el binomio que conforman las nociones de cumplimiento e incumplimiento contractual.

Dicho esto, para las compraventas de mercaderías en tránsito nos encontramos en el art. 68 CVCIM con una norma especial que se aleja

²²⁵⁹ Capítulo 4, I.

de las contenidas en los arts. 67 y 69 CVCIM. Dice la mencionada disposición:

«El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor».

La especialidad que yo atribuyo a esta disposición frente a los arts. 67 y 69 CVCIM, por supuesto, no pasa por la necesidad de que esta modalidad de compraventa sea regulada en sede de unas normas sobre transmisión del riesgo que yo considero prescindibles en todo caso, sino que se justifica por los cuatro aspectos que, según he detectado, caracterizan a la típica compraventa de mercaderías en tránsito. Comienzo exponiendo los tres primeros, pues el cuarto se vislumbra al pasar antes por estos:

En primer lugar, este contrato –la compraventa que se celebra cuando los bienes ya están en curso de viaje hacia su destino y en poder de un porteador²²⁶⁰ independiente²²⁶¹– reflejan la práctica propia de un tráfico especulativo que típicamente se desarrolla en el comercio de materias primas. Su fluctuación de precios fomenta la celebración de múltiples contratos de compraventa en cadena²²⁶² –mientras las

²²⁶⁰ ALCOVER GARAU, 1991, p. 235; BRIDGE, 2008, p. 95.

²²⁶¹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 539.

²²⁶² Las notas explicativas de los términos comerciales del grupo F y C subrayan la realidad de estas compraventas múltiples en cadena («*string sales*») en el comercio de materias primas. Cfr. ICC, 2019 pp. 32, 47, 57, 100, 110, 120, 130. Tan solo con relación al término

mercaderías están siendo transportadas— en la que sucesivos vendedores y compradores buscan la obtención del mayor rédito económico con cada transacción²²⁶³.

En segundo lugar, y como ya adelanté, a diferencia de lo que sucede en las compraventas estudiadas hasta el momento y en las que existe una obligación de entregar las mercaderías a cumplir de manera directa o indirecta²²⁶⁴, en las compraventas en tránsito celebradas a lo largo de la cadena existe una obligación de entregar los documentos relevantes y no como tal una obligación de entregar las mercaderías; la posesión de estas, si es que las partes tienen interés en ellas, se adquiriría a través de aquellos. En efecto, no solo nos encontramos ante compraventas celebradas *sobre* documentos, sino ante compraventas *de* documentos; contratos cuyo verdadero objeto lo conforma, junto al precio, el propio documento y no la mercancía²²⁶⁵ como consecuencia de esa finalidad especulativa que hace que las partes se abstraigan de la mercancía física que subyace a los documentos²²⁶⁶. En estas compraventas en cadena, vendedores y compradores, menos el primer vendedor y el último comprador, se

FCA se hace la precisión de que ello es especialmente común, aunque no exclusivo, de comercio de materias primas (p. 32).

²²⁶³ Aluden a estos aspectos, VON HOFFMANN, 1986, p. 294; AUDIT, 1990, p. 91; GREWAL, 1991, p. 94, en nota a pie; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 155-156.

²²⁶⁴ A excepción de la compraventa de un bien en poder de un tercero y que permanece en su poder.

²²⁶⁵ Como señala SCHLECHTRIEM, 1984, p. 6-17, en algunas compraventas el verdadero objeto del contrato son los documentos y no las propias mercaderías.

²²⁶⁶ En el ámbito del Derecho inglés, y con relación a la ya mencionada compraventa CIF, señala BRIDGE, 2017, p. 416, que la compraventa CIF es una compraventa de mercaderías y no de documentos. Pero cabe entender que se trata de una apreciación relativa a la compraventa CIF *en general* porque, a continuación, el autor alude a la importancia que presentan los documentos en las compraventas CIF, «*especially in string trading conditions, where the contracts are largely speculative instruments disembodied from the underlying physical cargo*». Con prudencia, BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 197-198, dice que la compraventa CIF «se caracteriza por ser una compraventa documental o, al menos, una compraventa que se realiza con documentos, en la que el vendedor se libera de sus obligaciones entregando al comprador los documentos que representan la mercancía [...], donde el propósito de este último es recibir cuanto antes la facultad de disponer la mercancía para poder revenderla y el del vendedor recibir el pago del precio contra la entrega de documentos».

ocupan únicamente de los documentos y no de las mercaderías²²⁶⁷. En efecto, el primer vendedor habrá de entregar las mercaderías conforme a los arts. 31.a) y 67 CVCIM y el último comprador habrá de hacerse cargo de aquellas en destino según el art. 60.b) CVCIM. Pero los restantes vendedores y compradores intermedios de la cadena no tienen, respectivamente, obligaciones de entregar y hacerse cargo de las mercaderías, sino obligaciones de entregar y hacerse cargo de los documentos²²⁶⁸. Y por ello, es criticable que las reglas INCOTERMS de los grupos F y C hayan introducido en sus respectivas reglas A2 sobre la entrega *de las mercaderías* dos alternativas con las que se cumpliría tal obligación: bien realizar el acto material que tal regla A2 describe como entrega de la mercadería, bien «procurar la mercancía así entregada». Con esta última expresión se pretende dar cabida a las compraventas celebradas en cadena durante el tránsito²²⁶⁹, ya que es materialmente imposible que el vendedor intermedio embarque de nuevo la mercancía o la ponga de nuevo en poder del porteador. Pero se trata de una vaguedad con la que no se aprecia con claridad el significado de «procurar la mercancía» y se acaba desviando la atención a la obligación de entrega de los documentos de transporte²²⁷⁰ porque, como estoy explicado, es esta obligación, y no

²²⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, 2021, p. 19, siguiendo a Fujita.

²²⁶⁸ Por ello se subraya la inaplicabilidad del art. 67 CVCIM a las compraventas en tránsito y se justifica el régimen específico del art. 68 CVCIM: porque en las compraventas en tránsito, el vendedor no se obliga a poner las mercaderías en poder del primer porteador [obligación de entrega de las mercaderías] «para que las traslade *al* comprador». En este sentido, HONNOLD, 2009, p. 527; NICHOLAS, 1987, p. 497; AUDIT, 1990, p. 91; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 156-157. También BENTO SOARES / MOURA RAMOS, 1986, p. 178; quienes añaden que el supuesto tampoco tendría encaje en el art. 69 CVCIM.

²²⁶⁹ Así lo señala expresamente la ICC, 2019 pp. 32, 47, 57, 100, 110, 120, 130, en las notas explicativas para los usuarios.

²²⁷⁰ Sigo a BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 188-189; quien señala que, con la mencionada expresión, no queda claro si el vendedor cumple con su obligación de entrega sólo con la conclusión del contrato de compraventa e indicando que la mercancía está en tránsito o si es necesario, que entregue al comprador un documento de transporte que representa la misma o realice alguna otra tarea. Explica la autora que, con las reglas INCOTERMS 2010, es la primera vez que todos los términos comerciales de la ICC que implican el transporte por vía marítima –FAS, FOB, CFR y CIF– incluyen una regla específica para las compraventas en tránsito. Como señalo en el texto, tal previsión se ha

la de entregar las mercaderías, la que existe en estas compraventas. Para la simultaneidad del intercambio entre documentos y precio cabe extrapolar a esta modalidad de compraventa gran parte de las explicaciones ya realizadas en sede de compraventa con entrega indirecta que no es preciso que repita aquí.

En tercer lugar, la regulación convencional de la compraventa de mercaderías en tránsito tiene como antecedente o solución típica²²⁷¹ en el tráfico internacional la compraventa CIF de mercaderías en tránsito²²⁷²; modalidad de contrato que se caracteriza porque la cobertura de un seguro sobre las mercaderías en curso de transporte marítimo no se prevé como una mera eventualidad, sino como específica obligación del vendedor²²⁷³. Y ello justifica que tradicionalmente se haya considerado adecuado que la transmisión del riesgo [sic] tenga lugar con la expedición de las mercaderías y con anterioridad a la conclusión del contrato²²⁷⁴; transmisión del riesgo «retroactiva» o «retrospectiva», se suele decir.

Pero el texto convencional, además de que –como enseguida explico– en el art. 68.I CVCIM no ha conservado la solución tradicional de la compraventa CIF, ha prescindido –al menos textualmente– de esa nota característica del seguro obligatorio. Y, como bien se ha señalado, si en la preparación de la Convención se hubiese guardado mayor fidelidad a la tradicional configuración de la compraventa CIF de mercaderías en tránsito, probablemente no se habría gestado la

expandido a todos los términos comerciales de los grupos F y C y, en consecuencia, se atiende a esta modalidad de compraventa con independencia del medio de transporte implicado.

²²⁷¹ Aunque se señala que la práctica contractual tampoco es unívoca en cuanto a la solución que se ofrece a la cuestión del riesgo en esta modalidad de compraventa. En este sentido, ANGELICI, 1981, p. 239; ALCOVER GARAU, 1991, p. 240.

²²⁷² *Ibidem*, pp. 240 y 250.

²²⁷³ En la actualidad, puede consultarse al respecto la regla A5 (Seguro) del termino comercial CIF de los INCOTERMS 2020. Misma obligación a contratar un seguro sobre la carga que está siendo transportada se encuentra en la regla A5 (Seguro) del más reciente término CIP. Prevén diferentes niveles de cobertura de seguro; mayor en CIP que en CIF. *Vid.* las explicaciones de DEBATTISTA, 2019, pp. 16-17, núm. 70.

²²⁷⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 240; BRIDGE, 2008, pp. 95-96, aludiendo a la solución inglesa relativa a la compraventa CIF.

particular discusión a la que próximamente aludo someramente y que determinó la elaboración de un precepto, el art. 68 CVCIM, que nadie juzga satisfactorio²²⁷⁵. No obstante, el camino por el que se optó fue el de generalizar la solución de la compraventa CIF de mercaderías en tránsito abstrayéndola de sus notas características. Y tal generalización no solo fue la opción seguida –y criticada– por el art. 99 ULIS al que próximamente me refiero²²⁷⁶ y los proyectos previos del actual art. 68 CVCIM²²⁷⁷ de los que devino esa particular discusión en torno a la cuestión del riesgo en la compraventa en tránsito que tuvo como resultado un precepto de mala factura²²⁷⁸, sino que también ha sido el planteamiento adoptado más recientemente por textos como los arts. IV.A.-5:203 DCFR, 146 CESL o 621-18 CCCat, a los que aludo en su momento, y por la versión de los INCOTERMS 2020 que ha extendido la realidad de la compraventa en tránsito a todos los términos comerciales del grupo C y F y con independencia de que las mercaderías en curso de transporte estén aseguradas o no²²⁷⁹.

Lo cierto es que tan reñida se mostraba en los trabajos preparatorios de la Convención la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la regulación de la transmisión del riesgo [sic] en la compraventa de mercaderías en tránsito que se llegó a proponer la supresión de su regulación en la Convención para dejar –como señaló HONNOLD– el problema donde se encuentra en la práctica; esto es, en el acuerdo entre las partes interesadas²²⁸⁰. Y a la vista del resultado alcanzado en

²²⁷⁵ ALCOVER GARAU, 1991, p. 250.

²²⁷⁶ ANGELICI, 1981, p. 238.

²²⁷⁷ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 240 y 250.

²²⁷⁸ Señala ANGELICI, 1981, p. 239, que *precisamente* el intento de generalizar la solución de la transmisión retroactiva del riesgo al momento de la expedición fue el germen de toda la subsiguiente discusión que arriba en un precepto desafortunado.

²²⁷⁹ Aspecto este último que, junto a la vaguedad de la expresión de cumplir la entrega «procurando las mercaderías así entregada», critica en particular BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 187-199, en su estudio de los INCOTERMS y su regulación de la compraventa en tránsito.

²²⁸⁰ Reproduce OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 162, el parecer del jurista estadounidense en la Conferencia de Viena.

el art. 68 CVCIM, acaso su supresión habría sido la mejor opción²²⁸¹; razonamiento que cabría extender a la solución ofrecida por el DCFR, el CESL o el CCCat que, en esencia, realizan una inversión de las reglas contenidas en el art. 68 CVCIM y se siguen abstrayendo de las tres particularidades que acabo de describir y que caracterizan a la típica compraventa de mercaderías en tránsito²²⁸². Es más, veremos que estos textos ni tan siquiera hacen ya mención alguna a los documentos a entregar por el vendedor²²⁸³; aspecto característico de este contrato y que lo cierto es que también estaba ausente en la regulación de la ULIS.

En efecto, los tres factores propios de la compraventa de mercaderías en tránsito ahora descritos –su carácter especulativo, su naturaleza documental y la existencia de un seguro que cubre las mercaderías durante su transporte– habrían de estar presentes en una eventual

²²⁸¹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 250; quien señala que, de no haberse optado por la supresión del precepto, cabría haber seguido la solución que ofrece el art. 1529 *Codice* y que subordina la transmisión del riesgo [sic] con la puesta en poder del transportista a la existencia de un seguro, de forma que no se causan perjuicios notables al comprador. *Vid.* las referencias a la doctrina italiana que el autor realiza sobre el citado precepto (pp. 241, 242 y 250). Dispone el art. 1529 *Codice civile*: «*Se la vendita ha per oggetto cose in viaggio e tra i documenti consegnati al compratore è compresa la polizza di assicurazione per i rischi del trasporto, sono a carico del compratore i rischi a cui si trova esposta la merce dal momento della consegna al vettore./ Questa disposizione non si applica se il venditore al tempo del contratto era a conoscenza della perdita o dell'avaria della merce, e le ha in mala fede taciute al compratore*». En contra al planteamiento de la eventual supresión de la regulación de la compraventa de mercaderías en tránsito, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 185-186: «la Convención habría nacido mutilada», opina.

²²⁸² En el ámbito del Derecho español, a mi entender, mejor ha sido la opción escogida por el art. 511-15 PCM que, al regular la transmisión del riesgo, no realiza mención alguna a la compraventa de mercaderías en tránsito.

²²⁸³ Como se recordará, el DCFR, el CESL y el CCCat aluden en sede de entrega, junto a la entrega del bien, al supuesto en que *solo* se entregan los «documentos representativos» del bien; tratamiento conjunto que hace que sus normas introductorias sobre la transmisión del riesgo vengan a decir que el riesgo se transmite con la entrega del bien o de dichos documentos. No obstante, este tratamiento equiparado es por necesidad roto inmediatamente en lo que concierne a la compraventa de mercaderías en tránsito al establecerse una norma particular para la transmisión del riesgo que no atiende al momento de la entrega de los documentos representativos. En fin, como ya he señalado, ello es un síntoma de que, entrega del bien y entrega de los documentos son dos obligaciones distintas que merecen un tratamiento separado. Me remito a la crítica ya realizada.

regulación de esta modalidad de compraventa que, como he adelantado, no requeriría ser estructurada en torno a unas supuestas normas sobre la transmisión del riesgo. Esta antigua disciplina tampoco cumpliría función alguna en esta sede. De lo que se trata, de nuevo, es preguntarse a qué se compromete el vendedor en la típica compraventa de mercaderías en tránsito; qué garantiza. Y las tres notas que singularizan esta compraventa nos ilustran que el vendedor se compromete, por un lado, a entregar unos documentos expedidos por el transportista que certifican que las mercaderías en ellos descritas fueron en su momento expedidas y, por otro, a entregar la póliza de seguro que cubre las mercaderías durante su transporte. Según la naturaleza de los documentos de que se trate, la transmisión de la propiedad tendría lugar a través de su entrega.

Sin embargo, la garantía del vendedor no se extiende a los posibles riesgos de pérdida o deterioro que sufran las mercaderías durante su transporte. Se observa, por lo tanto, un importante componente de alea asumido por el comprador; cuarto elemento característico de la modalidad típica de este contrato. Por ello tampoco tiene sentido hablar aquí de «transmisión del riesgo», dado que no hay un incumplimiento del vendedor que se impida remediar al comprador. Y, en realidad, me pregunto si es preciso el razonamiento de la denominada asunción «retroactiva» del riesgo, porque lo importante es determinar cuál es el objeto *ideal* al que se compromete el vendedor, mientras que la expresión que ahora cuestiono parece encaminada a ventilar la problemática que suscita las eventuales pérdidas y deterioros *reales* que eventualmente sufre la mercadería durante el transporte y que, como digo, quedan fuera de la garantía contractual: es un riesgo asumido por el comprador.

Otra cosa es la posibilidad de que determinadas variables que, como veremos, aparecen en esta modalidad de contrato –como el hecho de que el vendedor tenga o debiera tener conocimiento de la pérdida o deterioro de las mercaderías en el momento de la conclusión del contrato y no lo revele al comprador– puedan entrar en juego para valorar una alteración del reparto del riesgo tal y como se configura en

un principio en este contrato; cuestión que no está exenta de dudas y problemas. Del mismo modo, ninguna mención particular procede hacer aquí sobre un eventual cuestionamiento de la validez de este contrato cuando las mercaderías ya no existían en el momento de su celebración en atención a los arts. 1261.2º, 1272 y 1460.I Cc²²⁸⁴. Aparte de que se trata de un enfoque, centrado en la existencia de un objeto *real*, que desconoce planteamientos más actuales que atienden a la vinculación contractual que asume el deudor en torno a un objeto *ideal* y el interés del acreedor garantizado y a tutelar a través el sistema de remedios²²⁸⁵, no se puede olvidar que la aleatoriedad que caracteriza a la compraventa de mercaderías en tránsito tradicionalmente ha sido admitidas en figuras, como la *emptio spei*, cuya plena validez no es puesta en duda²²⁸⁶.

Con base en las anteriores notas –que, reconozco, cabe juzgar muy superficiales, pero no procede aquí mayor profundidad– se podría estructurar una eventual regulación de la compraventa de mercaderías en tránsito que atienda a su singularidad y, a lo que ahora más me interesa destacar, prescinda del armazón de la disciplina de la transmisión del riesgo que no precisa por la sencilla razón de que la función de este antiguo expediente jurídico no responde ni encaja en esta tipología contractual. Ello se observa con claridad, según he explicado, cuando nos preguntamos a qué se compromete el vendedor en este contrato: hay reparto de riesgo entre los contratantes, pero no transmisión del riesgo. Y a tal idea debería responder una eventual

²²⁸⁴ Art. 1261.2.º Cc: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato». Art. 1272 Cc: «No podrá ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». Art. 1460.I Cc: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato».

²²⁸⁵ Introducción, II.

²²⁸⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 182-183, realiza una comparativa –a mi juicio, bien traída– entre el componente de alea que caracteriza a la *emptio spei* y la compraventa de mercaderías en tránsito para apartar las dudas en cuanto a un cuestionamiento de la validez de este último contrato. En atención a la propia letra del precepto, niegan también la posibilidad de acudir *ex art. 4.a) CVCIM* a disposiciones del Derecho interno aplicable que sancionen la invalidez del contrato, NICHOLAS, 1987, p. 501; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 933; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 469. En cambio, la cuestión plantea dudas para NEUMAYER/MING, 1993, pp. 440-441.

regulación de este contrato si acaso esta se considera necesaria, porque tengo para mí que las especialidades de esta compraventa estarán lo suficientemente cubiertas por el contrato en cuestión y, en su caso, por los usos aplicables²²⁸⁷. Su ausencia en una futura reforma del Código civil español en materia de obligaciones y contratos no habría de ocasionar mayor lamento a menos que –dejando de lado cuestiones de técnica jurídica– se considerase un ingrediente que hiciese atractivo a un hipotéticamente reformado Derecho privado español para «competir», junto con otros ordenamientos, como posible ley aplicable a escoger por los operadores en el tráfico jurídico²²⁸⁸.

No obstante, como digo, yo consideraría preferible una ausencia de regulación frente a la solución ofrecida no solo por la CVCIM, sino también por el DCFR, el CESL o el CCCat. Y digo esto no tanto porque estos textos hayan seguido el camino de la transmisión del riesgo para regula la compraventa ahora estudiada, sino porque no responden a la típica imagen de la cadena de compraventas en tránsito.

Dicho todo esto, me permitiré a continuación mantenerme en la dialéctica de la transmisión del riesgo con ánimo de dejar patente las altas cotas de complejidad y confusión que tradicionalmente han rodeado, desde la ULIS, la regulación de la supuesta transmisión del riesgo en la compraventa de mercaderías en tránsito en diversos textos jurídicos; riesgo que se ha querido transmitir en tal o cual momento, según suceda esto o lo otro, denotando lo ya denunciado: la abstracción que estas regulaciones hacen de los rasgos característicos de esta modalidad especial de compraventa para optar por unas normas generalizadas en exceso y de cuya oportunidad cabe dudar. E, insisto, teniendo en mente tales rasgos característicos de la compraventa ahora analizada junto a la limpia idea de que lo procedente es preguntarse a qué se compromete el vendedor, uno se

²²⁸⁷ Ya lo dice HONNOLD, 1984, p. 8-12, desde la perspectiva de la transmisión del riesgo: «*no thoughtful buyer would leave this question to inference; this special type of transaction calls for an explicit provision on the passage of risk*».

²²⁸⁸ *Vid.* las pretensiones del legislador francés en este sentido como uno de los objetivos de la reforma del *Code* de 2016. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 3.

queda con la sensación de que esas idas y venidas, de aquí para allá, a las que se ha sometido el momento de la «transmisión del riesgo» en este contrato rozan la artificialidad.

B) Descripción de un problema a evitar

Es la ULIS, como antecedente inmediato del art. 68 CVCIM, la que inicia el camino de la generalización de la solución de la compraventa CIF para las compraventas de mercaderías en tránsito. Tras largas discusiones entre los redactores de la ley de 1964, el art. 99.1 ULIS sienta como regla que, en la compraventa de mercaderías en curso de transporte *marítimo*, el comprador soporta el riesgo desde que aquellas son puestas en poder (*handing over*) del porteador; se asumiría así – según se dice– el uso dominante en el tráfico de la transmisión «retroactiva» del riesgo. A modo de «excepción», y solo para el caso en que el vendedor, en el momento de la conclusión del contrato, conocía o debía conocer que las mercaderías se habían perdido o deteriorado, el art. 99.2 ULIS establece que aquel soporta el riesgo hasta el momento de la conclusión del contrato²²⁸⁹; riesgo que, en consecuencia, es asumido por el comprador a partir de tal momento²²⁹⁰.

De esta forma, la regla adoptada por la ULIS vendría a evitar los inconvenientes y disputas que, de haberse adoptado el criterio de la celebración del contrato, devendrían por la dificultad de determinar en qué momento del transporte se produce la pérdida o deterioro²²⁹¹; problema que, en cambio, evidentemente no eludiría lo dispuesto en el art. 99.2 ULIS. Del mismo modo, se señala que las eventuales inquietudes que pueda tener el comprador ante la regla adoptada por la ULIS quedan «fuertemente atenuadas» por la «habitual» práctica de

²²⁸⁹ Art. 99 ULIS: «1. Where the sale is of goods in transit by sea, the risk shall be borne by the buyer as from the time at which the goods were handed over to the carrier. 2. Where the seller, at the time of the conclusion of the contract, knew or ought to have known that the goods had been lost or had deteriorated, the risk shall remain with him until the time of the conclusion of the contract».

²²⁹⁰ Expongo las apreciaciones de TUNC, 1966, p. 390.

²²⁹¹ VON HOFFMANN, 1986, p. 293; ALCOVER GARAU, 1991, p. 243.

contratar un seguro que cubra las mercaderías durante su transporte²²⁹².

No obstante, y como he adelantado, se critica la atribución «retroactiva» del riesgo desde la puesta en poder del porteador por considerarse una arbitraria generalización a todas las compraventas de mercaderías en curso de viaje *marítimo* de una práctica exclusiva de la compraventa CIF²²⁹³. Además, se cuestiona la oportunidad de lo dispuesto en el art. 99.2 ULIS porque, si la regla general que atribuye al comprador todo el riesgo durante el transporte evita problemas de orden probatorio en cuanto al momento y origen de la pérdida y deterioro, cabe preguntarse por qué el vendedor, por esta misma razón, no soporta todo el riesgo del transporte cuando conocía o debía conocer que las mercaderías se habían perdido o deteriorado con anterioridad a la conclusión del contrato²²⁹⁴.

En cierta medida, las versiones de los distintos preceptos proyectados en los trabajos preparatorios de la CVCIM seguían la línea marcada por la ULIS. Por un lado, mantenían como regla la asunción del riesgo por el comprador desde la puesta de las mercaderías en poder del porteador. Y a pesar de la crítica realizada a la solución de la ULIS, generalización tras generalización, no solo se aplicaba tal regla a la compraventa de mercaderías en curso de viaje *marítimo*, sino a toda compraventa de mercaderías en tránsito con independencia del medio de transporte concernido²²⁹⁵. Por otro lado, estos textos proyectados mantenían una segunda regla relativa al caso en que el vendedor conocía o debía conocer en el momento de la conclusión del contrato la pérdida o deterioro de las mercaderías. Cabe apreciar cierta

²²⁹² TUNC, 1966, p. 390.

²²⁹³ ANGELICI, 1981, p. 238. Señala CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 538, que la ULIS toma como modelo la compraventa CIF y el art. 1529 *Codice*; pero subraya la obligación del vendedor de contratar un seguro que establecen tales modelos y que la ULIS obvia.

²²⁹⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 243.

²²⁹⁵ ANGELICI, 1981, p. 239. Remarca ALCOVER GARAU, 1991, p. 245 la inconveniencia de esta nueva generalización. Puede consultarse en la obra del autor estas propuestas de regulación de la compraventa de mercaderías en tránsito que yo he decidido omitir en mi estudio.

variabilidad en la solución ofrecida por las distintas propuestas pues, mientras unas aludían de forma genérica a que el vendedor, en tal caso, soporta *el* riesgo y cabe entender que le endosan el riesgo durante todo el transporte, otras versiones se referían a *tal* riesgo, lo cual parece distinguir entre dos tipos de riesgo; quizás el riesgo que el vendedor conocía o debía conocer y atribuido a este y el restante atribuido al comprador²²⁹⁶. No creo que sea necesario ahondar ahora en estos aspectos más allá de señalar que se gesta aquí el caldo de cultivo para la exposición de variopintas disquisiciones a la hora de interpretar el art. 68.III CVCIM según apuntaré.

Sea como fuere, el caso es que la excesiva generalización de la solución de la compraventa CIF de mercaderías en tránsito agudizó la percepción de un conflicto de intereses; hizo reaccionar a los representantes de aquellos países que consideraron que debían adoptar una posición de tutela del comprador²²⁹⁷. Desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, fundamentalmente importadores, se consideraba que el riesgo debía transmitirse desde el momento de la celebración del contrato porque las propuestas presentadas y basadas en el criterio de la «retroactividad» perjudicaban los intereses de sus compradores que con frecuencia celebran compraventas en tránsito para la importación de productos básicos y materias primas. Pero desde la posición de los países desarrollados se rechazaba tal planteamiento; se alegaba las dificultades prácticas que podrían ocasionar la aplicación del criterio de la celebración del contrato y que habitualmente habría una póliza de seguro sobre las mercaderías a entregar al comprador. No es preciso que entre en detalle sobre cómo se siguieron las discusiones y votaciones hasta el actual art. 68

²²⁹⁶ ROTH, 1979, p. 298 y ss.; GOODFRIEND, 1984, p. 586 en nota a pie; ALCOVER GARAU, 1991, p. 245. Este último autor se inclina a pensar que se atribuía al vendedor el riesgo durante todo el transporte. Para una comparativa de estas distintas propuestas, puede consultarse el estudio de BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 219-220; quien las reproduce por completo.

²²⁹⁷ ANGELICI, 1981, p. 239.

CVCIM²²⁹⁸. El caso es que tanto un ánimo por mantener una regulación de la compraventa de las mercaderías en tránsito en la Convención como el interés por que fructificase la empresa internacional que el propio texto convencional representaba arribaron a lo que ampliamente se conoce como la solución de compromiso²²⁹⁹; una fórmula transaccional, pero al mismo tiempo compleja e imprecisa²³⁰⁰ que, como he adelantado, nadie considera satisfactoria²³⁰¹. Además, nótese que –como ya he adelantado²³⁰²– aunque la ULIS y la CVCIM adoptan una distinta metodología para regular la denominada transmisión del riesgo, ambos textos vienen –en líneas generales– a concordar en las soluciones. Pero la regulación de la compraventa de mercaderías en tránsito es una excepción a tal habitual coincidencia²³⁰³. Dicho todo esto, cabe realizar una breve aproximación al contenido del art. 68 CVCIM.

²²⁹⁸ En la doctrina española, con profusión, ALCOVER GARAU, 1991, pp. 246-247; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 157-163; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 201-204.

²²⁹⁹ GOODFRIEND, 1984, p. 586; VON HOFFMANN, 1986, p. 293; NICHOLAS, 1987, p. 497; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 538; HONNOLD, 2009, p. 527; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 933.

²³⁰⁰ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 95.

²³⁰¹ El art. 68 CVCIM ha sido calificado negativamente de todas las maneras posibles: seriamente defectuoso (GOODFRIEND, 1984, p. 588), de lenguaje confuso (GREWAL, 1991, p. 96), de difícil comprensión y compleja aplicación práctica (ALCOVER GARAU, 1991, p. 250), ajeno a la realidad comercial (STOCKS, 1993, p. 1450), criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica [CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 538] o el menos satisfactorio con las exigencias del comercio (BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 200). Recuerda NICHOLAS, 1987, p. 497, que cuando se formuló el texto del actual precepto se objetó que su significado no era claro y que podrían surgir dificultades e inconsistencias en su interpretación.

²³⁰² Capítulo 4, I.

²³⁰³ Para ALCOVER GARAU, 1991, p. 242, entre la solución que la CVCIM y la ULIS ofrecen a esta modalidad de compraventa se produce una «curiosa inversión» de los términos: en la regulación de la transmisión del riesgo, la Convención recurre a un método tipológico, frente al método de la ULIS basado en el concepto abstracto intermedio –dice el autor– de la entrega, para intentar posibilitar las mismas soluciones que la Ley de 1964. Pero si ambos textos adoptan una técnica legislativa similar para regular la compraventa en tránsito –entiende el autor que el art. 99 ULIS abandona el recurso al concepto abstracto intermedio– difieren en la solución fáctica. No obstante, las apreciaciones del autor no son inquestionables. Por un lado, a mí no me queda nada claro cuál es el «método jurídico» al que recurre la Convención en el art. 68 CVCIM. Hay quien dice que se mantiene un punto de vista dogmático que hace prevalecer el criterio técnico-jurídico de la conclusión del contrato (BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 207); apreciación que tampoco está exenta de dudas a

La regla general²³⁰⁴ viene establecida en el art. 68.I CVCIM: «El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato». Pocas líneas emplearé para describir lo que nadie considera una solución admisible²³⁰⁵ y las apreciaciones que se realizan son compartidas: se aduce la indeseable «división del riesgo en tránsito» que consagra la regla, así como su complicada o incluso imposible aplicación práctica. Porque puede ser que la pérdida o deterioro se produzca por un hecho identificable durante el transporte (fuego, tormenta o naufragio), pero habrá muchos casos en que tal eventualidad se deba a circunstancias cuya identificación y momento de su acaecimiento no se puedan determinar con facilidad (filtraciones de agua, sobrecalentamiento, variaciones de temperatura, sabotajes o accidentes en tránsito no reportados). Y, aparte de la conflictividad que puede generar tal escenario entre las partes contratantes, las dificultades probatorias perjudican la posición del comprador que acabaría soportando todo el riesgo del transporte; de ahí que se recomiende a las partes abordar la cuestión en el contrato²³⁰⁶.

Me resulta curioso que algunos apelen a la *emptio perfecta*²³⁰⁷ o al aforismo *periculum est emptoris*²³⁰⁸ en esta sede. Si con ello se

la vista del complejo desarrollo que caracterizó la regulación de esta compraventa y donde se priorizó el acuerdo transaccional sobre las cuestiones técnico-jurídicas (subraya este aspecto OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 163). Por otro lado, tampoco es evidente que el art. 99 ULIS abandone –según cree ALCOVER GARAU– la técnica legislativa con la que trata la cuestión de la transmisión del riesgo en general. TUNC, 1966, p. 390, entiende que la regla de este último precepto es resultado de una lógica combinación de los «principios» que sientan los arts. 19.2 y 97.1 ULIS.

²³⁰⁴ GOODFRIEND, 1984, p. 588; BRIDGE, 2008, p. 94. Equivocadamente hablan de «principio» NEUMAYER/MING, 1993, p. 437; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 469.

²³⁰⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 540-541, hace una enumeración de aquellos argumentos que se podrían esgrimir en favor de la regla del precepto. No obstante, señala que ninguno de ellos hace la regla aceptable ni supera sus inconvenientes.

²³⁰⁶ En esencia, sigo a GOODFRIEND, 1984, p. 588. También SEVÓN, 1985, p. 203; HONNOLD, 2009, p. 527; ALCOVER GARAU, 1991, p. 248; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 540; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 164-165; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 933.

²³⁰⁷ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 94.

²³⁰⁸ NEUMAYER/MING, 1993, p. 437.

pretende aludir al fundamento de la regla²³⁰⁹, con todos los respetos, la alusión me parece de todo improcedente. La regla romana cumple – cumplió– su función en un determinado contexto comercial que, parece casi innecesario decirlo, nada tiene que ver con el presente contrato. Además, recuérdese que el Derecho codificado español viene a cuestionar, en materia de transmisión del riesgo, la equivalencia entre compraventa perfecta y compraventa concluida. Si en sede del art. 68 CVCIM se adopta el criterio de la celebración del contrato ello no es fruto de planteamientos técnico-jurídicos ni de un ánimo por recurrir al antiguo criterio romano, sino resultado de la percepción de un conflicto de intereses en el que, según se dice, el debate superó lo jurídico para adentrarse en lo político y hubo de resolverse por la vía de la solución de compromiso²³¹⁰. Por lo tanto, el criterio de la celebración del contrato tampoco se trata de, aunque así se haya dicho, una consecuencia de que esta compraventa se caracteriza porque no existe «*prima facie* un ámbito de control reconducible al vendedor ni al comprador»²³¹¹ porque lo que caracteriza a este contrato son las cuatro notas explicadas en el apartado anteriores que el art. 68.I CVCIM ha desatendido. Tengo para mí que, en el ámbito de las denominadas normas sobre transmisión del riesgo, en ocasiones se recurre con cierta abstracción a esa idea del control como elemento decisor de la parte contractual que ha de pechar con el riesgo.

El art. 68.II CVCIM se presenta como la excepción²³¹² a la regla del primer apartado del precepto: «No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte». En esa fórmula de compromiso que representa el

²³⁰⁹ Lo dice expresamente TAMAYO CARMONA, 2000, p. 82: «la regla decimonónica adoptada por la Convención es la de *periculum est emptoris*».

²³¹⁰ *Vid.* lo dicho en la nota a pie de página 2303. Alude ANGELICI, 1981, p. 239, en nota, al carácter político que adoptó la discusión en torno a la compraventa de mercaderías en tránsito.

²³¹¹ Tal es la opinión de TAMAYO CARMONA, 2000, p. 82.

²³¹² SEVÓN, 1985, p. 203; NEUMAYER/MING, 1993, p. 437; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 469.

precepto, la presente disposición trataría de salvar los problemas que podrían derivarse del apartado primero²³¹³ y otorgar cierta flexibilidad en la aplicación de artículo en su conjunto²³¹⁴. Se reintroduce así la regla de la transmisión «retroactiva» del riesgo desde la puesta de la mercancía en poder del porteador que sentaba el art. 99.1 ULIS y los preceptos proyectados durante los trabajos preparatorios de la Convención; orientación considerada predominante en el contexto europeo occidental y más acorde con la práctica del tráfico. Así se vuelve a recordar la solución de la compraventa CIF, la evitación de la división del riesgo y lo *habitual* que es el asegurar las mercaderías durante su transporte²³¹⁵.

No obstante, aunque se manifieste cierta satisfacción por la existencia de esta previsión para contrarrestar la regla del apartado primero²³¹⁶, es objeto de una común valoración negativa. La transmisión «retroactiva» del riesgo se condiciona a que «así resulte de las circunstancias»; expresión –dice OLIVENCIA RUIZ– «vaga y ambigua que deja en blanco el supuesto de hecho de la norma, rompe la uniformidad y, en definitiva, remite la solución en caso de litigio a la discrecionalidad del juez»²³¹⁷. En efecto, la doctrina se pregunta cuáles son esas circunstancias a las que alude el art. 68.II CVCIM y condicionan su aplicación.

²³¹³ En este sentido, SEVÓN, 1985, p. 203; BRIDGE, 2008, p. 95; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 469.

²³¹⁴ GOODFRIEND, 1984, p. 588; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 539.

²³¹⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 166-167.

²³¹⁶ HONNOLD, 1984, p. 8-12; quien, no obstante, señala que la compraventa de mercaderías en tránsito es una transacción de rasgos tan especiales que «llama» a una expresa regulación de la cuestión de la transmisión del riesgo en el contrato.

²³¹⁷ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 95; quien subraya: «las soluciones de compromiso, en el deseo de satisfacer a todos, sacrifican la pureza de los principios en aras de concesiones parciales». SEVÓN, 1985, p. 203, destaca que la presente disposición no solo puede causar conflictos entre las partes, sino que abre la posibilidad a diversas interpretaciones. Norma de difícil inteligencia, dice ALCOVER GARAU, 1991, p. 248; vaga e imprecisa, en opinión de CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 541. También apreciaciones negativas en BERMAN/LADD, 1988, p. 430; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 934, entre otros.

Algunos entienden que la expresión no se refiere, o al menos no únicamente, a aquellos casos en que exista un pacto en tal sentido; pues en ese caso la disposición sobraría ya que la posibilidad de que las partes contratantes se aparte de lo dispuesto del texto convencional viene amparado por el art. 6 CVCIM²³¹⁸. Otros en cambio, entienden que sí se trata de la prevalencia de la voluntad de las partes *ex art. 6 CVCIM* y, en su caso, una cuestión de la interpretación del contrato conforme al art. 8 CVCIM para determinar si hay o no asunción retroactiva del riesgo²³¹⁹; de ahí que se mire con curiosidad el art. 68.II CVCIM, en la medida en que conduce a un resultado que en realidad se podría encauzar no solo por el art. 6 CVCIM sino también por el art. 9 CVCIM relativo a los usos aplicables, y se considere que la cuestionada expresión nada aporta a estos dos últimos preceptos ni para aclarar el propio art. 68.II CVCIM²³²⁰. En opinión de otros, no se trata de una cuestión relativa a la voluntad de las partes, sino de la apreciación de circunstancias objetivas propias del tráfico que sean indicativas de la solución que establece el precepto²³²¹.

Sea como fuere, lo que parece que se admite de forma unánime es que la existencia de un seguro sobre las mercaderías transportadas cuya póliza el vendedor entrega al comprador se trata de una de esas circunstancias que determinan la aplicación del art. 68.II CVCIM²³²²,

²³¹⁸ Así se expresa CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 541. Con anterioridad, ANGELICI, 1981, p. 239; GOODFRIEND, 1984, p. 588; ALCOVER GARAU, 1991, p. 249. En similar sentido, VON HOFFMANN, 1986, p. 294 y OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 167-168, dicen que el precepto no está exigiendo que las partes acuerden *expresamente* la retroactividad del riesgo.

²³¹⁹ OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 95. BOLLÉE, 2001, p. 262, alude a la voluntad de las partes, bien expresa, bien a inferir de «las circunstancias».

²³²⁰ BRIDGE, 2008, pp. 95-96. NICHOLAS, 1987, p. 489, que *parece* compartir la crítica, señala que esta solo puede ser respondida con alusión a la falta de tiempo y las circunstancias bajo las cuales la expresión fue redactada y aprobada.

²³²¹ ANGELICI, 1981, p. 239. Le sigue BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 212. En contra, OLIVENCIA RUIZ, 1983, p. 95; quien entiende que, si la expresión se refiriese a tales circunstancias objetivas, «éstas quedan sin precisar y no se comprende bien cuáles pueden ser». En similar sentido, GOODFRIEND, 1984, p. 588.

²³²² HONNOLD, 1984, p. 8-13 y 2009, p. 529; NICHOLAS, 1987, p. 498; AUDIT, 1990, p. 91; ALCOVER GARAU, 1991, p. 249; NEUMAYER/MING, 1993, p. 438; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 541; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 169; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 933; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 212; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 469.

bien se considere que de tal circunstancia se infiere la voluntad de las partes contratantes²³²³, bien se entienda que se trata una circunstancia objetiva de las que requeriría el precepto para su aplicación²³²⁴. Y ante lo habitual que es la práctica de que el vendedor se comprometa con el comprador a proveerle de una póliza de seguro que cubra las mercaderías en tránsito, tal interpretación tiene como efecto ampliar la aplicación de la presente disposición²³²⁵; casi convierte en regla la excepción²³²⁶.

Es así como textos legales de más reciente factura y reguladores de la transmisión del riesgo en la compraventa de mercaderías en tránsito toman los elementos del art. 68 CVCIM, pero invierten sus términos: hacen de su excepción la regla. Los arts. IV.A.-5:203 DCFR²³²⁷, 146 CESL²³²⁸ y 621-18 CCCat²³²⁹ establecen como regla la transmisión

²³²³ Así se deriva del discurso de HONNOLD, 1984, p. 8-13; NICHOLAS, 1987, p. 498. El primero autor citado no parece albergar la más mínima duda al respecto al decir que con la entrega de la póliza va implícito que el comprador asume el riesgo. No obstante, señala el autor que un comprador juicioso no dejará tal cuestión sujeta a una eventual inferencia en la medida en que la especialidad de este contrato apela a una previsión explícita sobre el riesgo en el contrato.

²³²⁴ BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 212.

²³²⁵ NICHOLAS, 1987, p. 498.

²³²⁶ AUDIT, 1990, p. 91; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 169; quien señala: «De hecho, no nos parece nada extraño que los países desarrollados, conscientes de que esas “circunstancias” se verificarían en la mayoría de los casos, terminaran transigiendo ante la demanda de una transmisión no retroactiva del riesgo, convertida en el caballo de batalla de los países en vías de desarrollo».

²³²⁷ Art. IV.A.-5:203 DCFR: «(1) *This Article applies to any contract of sale which involves goods sold in transit. (2) The risk passes to the buyer at the time the goods are handed over to the first carrier. However, if the circumstances so indicate, the risk passes to the buyer as from the time of the conclusion of the contract. (3) If at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.*».

²³²⁸ Art. 146 CESL: «1. El presente artículo se aplicará a los contratos de compraventa que incluyan la venta de bienes en tránsito. 2. El riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que los bienes se entreguen [*hand over*], dice la versión inglesa] al primer transportista. Sin embargo, si las circunstancias así lo exigen, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se celebre el contrato. 3. Si en el momento de la celebración del contrato el vendedor supiera o cupiera esperar que supiera que los bienes se habían perdido o habían sufrido daños y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de pérdida o daño correrá a cargo del vendedor».

retroactiva del riesgo para ajustarse –se dice– a la práctica comercial y como alternativa, solo para el caso en que «las circunstancias así lo indican» –o si hay pacto en contrario, añade el CCCat–, se prevé la transmisión del riesgo desde la celebración del contrato. Tal sería el caso –se ejemplifica esta última previsión– en que no exista un seguro sobre las mercaderías en tránsito²³³⁰; de donde se seguiría que *va de soi* que se trata de un factor subyacente a la aplicación de la regla general.

Lo cierto es que tras toda la discusión y crítica que tradicionalmente han rodeado al art. 68 CVCIM en particular frente a los restantes preceptos reguladores de la transmisión del riesgo, no se comprende muy bien por qué estos textos, por mucho que inviertan las previsiones de la Convención para la compraventa en tránsito, arrastran consigo los aspectos generadores de controversia. Estos textos, de nuevo, han optado por generalizar la solución de una compraventa con perfiles muy concretos (los cuatro ya explicados) que la singularizan, parece que dan por hecho la existencia de un seguro para la solución «retroactiva» de la transmisión del riesgo y conservan la expresión de controvertido alcance relativa a las «circunstancias» que dan lugar a la solución alternativa que, en este caso, es la transmisión del riesgo desde la conclusión del contrato; solución que, ya criticada en el seno de la Convención, vuelve a ser cuestionada en el ámbito de estos textos²³³¹, no se sabe muy bien cuándo se aplica –aparte del ejemplo de la ausencia del seguro– ni tampoco por qué se mantiene. En efecto, recuérdese que este criterio

²³²⁹ Art. 621-18 CCCat: «1. En los contratos sobre bienes en tránsito, los riesgos se transmiten al comprador con la entrega al primer portador, salvo pacto en contrario o salvo que pueda deducirse de las circunstancias que la transmisión de los riesgos debe producirse en el momento de la conclusión del contrato. 2. Los riesgos corren a cargo del vendedor si en el momento de la conclusión del contrato conocía o podía razonablemente haber conocido la pérdida, el deterioro o el daño del bien y no reveló estas circunstancias al comprador».

²³³⁰ *Vid.* VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1388, para el DCFR; ZOLL/WATSON, 2012, p. 614 para el CESL e inspirado en el DCFR; RAMOS GONZÁLEZ, 2021, pp. 217-218 para el CCCat, que sigue al DCFR y al CESL.

²³³¹ ZOLL/WATSON, 2012, p. 614 para el CESL; RAMOS GONZÁLEZ, 2021, pp. 217-218 para el CCCat.

procede de una particular discusión en el seno de la elaboración de la CVCIM que reclamó la necesidad de alcanzar una solución de compromiso; menester inexistente en el contexto en que se elaboran el DCFR, el CESL y el CCCat y, por lo tanto, nada justifica a mi entender que se mantenga el problemático criterio de la conclusión del contrato. La feliz inversión de los términos del art. 68 CVCIM, en fin, no es ninguna panacea.

Además, y así retomo el comentario al art. 68.II CVCIM, estos textos –al igual que la ULIS– no hacen mención alguna a la entrega de documentos; aspecto que caracteriza a estas compraventas²³³². En efecto, el precepto de la Convención apela a la transmisión retroactiva del riesgo desde el momento en que las mercaderías se ponen en poder del transportista «que haya expedido los documentos acreditativos del transporte». Con esta precisión se pretende contemplar la posibilidad de que exista un transporte multimodal y eludir así la «división del riesgo en tránsito». Del mismo modo, la fórmula alusiva a los documentos presenta amplitud para evitar que la aplicación del precepto quede reducida a la exigencia de una tipología de documentos concreta²³³³.

Conforme a lo dicho, la existencia de un seguro a entregar al comprador es *una* de las circunstancias que determinan la aplicación del art. 68.II CVCIM y he de dejar de lado la discusión –sobre la que aquí no puedo entrar– en torno al alcance que tal seguro ha de presentar para que la presente previsión entre en aplicación. Lo que ahora procede señalar es que, en la medida en que, según he apuntado más arriba, se opina que el apartado segundo del art. 68 CVCIM vendría a tratar de superar las dificultades que presenta la aplicación del apartado primero, se ha señalado la posibilidad de que *otra* de las

²³³² Aunque se reconoce su importancia, como no podría ser de otra manera. *Vid.* VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1388.

²³³³ Sobre estos aspectos, OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 171. Como dicen HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 934, la aplicación del presente precepto no depende de que los documentos en cuestión controlen la disposición de las mercaderías; documentos a los que alude el art. 58 CVCIM. Es suficiente con que prueben la existencia del transporte.

circunstancias que determinan la aplicación del criterio de la retroactividad sea que la solución del apartado primero no puede ser aplicada; esto es, que la indeterminación de las causas del siniestro impida fijar en qué momento se produjo la pérdida y daño²³³⁴. Y aunque se reconoce que tal propuesta es la solución más practicable, se entiende que difícilmente se reconcilia con la historia legislativa del precepto y la regla del apartado primero²³³⁵; apreciación que no es más que un síntoma de la desafortunada regulación contenida en el precepto.

Ya, por último, procede hacer referencia a lo previsto en el art. 68.III CVCIM: «Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor». Esta disposición viene a introducir una «excepción a la excepción» del apartado segundo del precepto que, en opinión aparentemente general, se considera inaplicable al apartado primero. Según se explica, y lo resumo aquí muy sucintamente, en el art. 68.I CVCIM el vendedor ya es *responsable* de las pérdidas y deterioros anteriores a la conclusión del contrato [lo que supone una apelación al sistema de remedios ante el incumplimiento] mientras que el art. 68.III CVCIM trataría la cuestión del riesgo, vendría a alterar su transmisión *anterior* a la conclusión del contrato que establece el art. 68.II CVCIM y daría entrada a la regla *periculum est venditoris*; explicación que evitaría «incurrir en el confusionismo [...] entre riesgo y responsabilidad»²³³⁶.

²³³⁴ HEUZÉ, 2000, p. 331; quien reconoce que de este modo se vendría a convertir la excepción en regla y la regla en excepción. Otros reconocen tal posibilidad, pero la condicionan a la existencia de un seguro. Así, NEUMAYER/MING, 1993, pp. 438-439; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 170.

²³³⁵ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 934. También en contra, CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 542.

²³³⁶ Sigo a OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 173, que sigue el criterio expuesto con anterioridad por NICHOLAS, 1987, pp. 500-501. También siguen a este último autor, AUDIT, 1990, p. 92; HONNOLD, 2009, p. 530.

El caso es que cabría hipotetizar que el apartado tercero del precepto podría atribuir al vendedor el riesgo *posterior* a la conclusión en caso de aplicación de la regla del apartado primero, pero no parece que tal interpretación sea contemplada y no voy a cuestionar la opinión general de que el apartado tercero «mira» al apartado segundo del precepto para alterar el resultado al que conduce. Sea como fuere se comprenderá que no pueda compartir la opinión de que riesgo y responsabilidad son cuestiones distintas porque, en atención a la orientación que he adoptado, ello es imposible. En realidad, como ya sabemos, las normas de transmisión del riesgo vienen a determinar cuándo cumple el vendedor su obligación de entrega de las mercaderías; apreciación a adaptar en el caso de compraventa en tránsito porque, según expliqué, se trata de un contrato especial en lo que concierne a la configuración de la prestación del vendedor. Pero en el fondo, la cuestión es la misma: aquí las normas de transmisión del riesgo también nos vienen a decir –con altas dosis de confusionismo– qué es lo que garantiza el vendedor. Y frente a un eventual incumplimiento, sencillamente, entra en juego el sistema de remedios²³³⁷; como ya sabemos, en ocasiones las normas sobre transmisión del riesgo no solo definen lo que es cumplir, sino que dan entrada a una previsión sobre el incumplimiento. El caso es que en la compraventa de mercaderías en tránsito el apartado tercero ahora analizado viene a alterar el momento de la transmisión fijado por el apartado segundo; se trata de una reacción ante el incumplimiento por parte del vendedor del estándar de diligencia exigible que procedía aplicar para comprobar si las mercaderías habían sufrido o no pérdidas

²³³⁷ De hecho, los autores citados en la nota anterior dicen que, de ser de aplicación el art. 68.1 CVCIM, en el caso de pérdidas y deterioros anteriores a la conclusión del contrato el vendedor es responsable en virtud del art. 36.1 CVCIM. Pero considero que tal apreciación es incompleta y el preludio de complejas reflexiones. En efecto, cabe entender que hay falta de conformidad en caso de deterioro de las mercaderías (art. 36); pero en el caso de la destrucción de las mercaderías, cabe preguntarse cuál es la obligación incumplida porque, según he dicho, en la compraventa en tránsito el vendedor no tiene obligación de entregar estas sino los documentos relevantes. En fin, no ahondaré en esta línea que creo que lo único que hace es mostrar que en el art. 68.I CVCIM se ha perdido de vista cuál es la verdadera prestación en la típica compraventa en tránsito, la entrega de los documentos relevantes incluida la póliza de seguro, y sus características propias: especulación y aleatoriedad.

o deterioros con anterioridad a la conclusión del contrato y su falta de comunicación al comprador. En efecto, no me parece evidente que el precepto solo contemple al vendedor de mala fe²³³⁸ porque se utiliza la expresión «tener o deber haber tenido conocimiento»²³³⁹.

Sea como fuere, y aunque las anteriores cuestiones y explicaciones bien requerirían y permitirían mayor detenimiento y llenar numerosas páginas que, a la postre, no sería sino un síntoma de lo desafortunada que es la regulación que contiene el precepto ahora comentado, lo que procede señalar en este momento es que no hay consenso a la hora de determinar cuál es el alcance de la alteración que el art. 68.III CVCIM introduce en el art. 68.II CVCIM. Como ya adelanté al referirme a los trabajos preparatorios de la Convención, las diversas propuestas relativas a la presente cuestión han avivado la existencia de diversas lecturas ante un precepto poco claro²³⁴⁰. De forma muy descriptiva,

²³³⁸ No obstante, se suele hablar aquí del vendedor de mala fe sin más. Por todos, *vid.* ALCOVER GARAU, 1991, p. 249, que incluso varía la propia letra del precepto, aludiendo al vendedor que «sabe o no puede ignorar» la pérdida o deterioro, cuando esto no es lo que dice el art. 68.III CVCIM. Señalan BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 471 que la expresión «tuviera o debiera haber tenido conocimiento» indica que para la aplicación del art. 68.3 CVCIM la «mera negligencia» del vendedor es suficiente. No obstante, estos autores indican a continuación que tal vendedor actúa de mala fe; lo cual para mí es una equivalencia cuestionable. *Vid.* cómo se formula la presente excepción en los preceptos del DCFR, el CESL y el CCCat en las notas a pie de página 2327 a 2329: se alude al vendedor que conoce o podía *razonablemente* conocer la pérdida o deterioro (DCRF y CCCat) o al vendedor que conocer o cabe esperar que conozca tal pérdida o deterioro (CESL). Críticos con la fórmula del CESL, ZOLL/WATSON, 2012, pp. 614-615; pues señalan que no queda claro si la «mera negligencia» satisface el requerimiento de aplicabilidad del precepto. Con relación al CCCat, RAMOS GONZÁLEZ, 2021, pp. 218-191, entiende que para la aplicación del precepto es suficiente la negligencia del vendedor. Pero GÓMEZ LIGÜERRE, 2018, p. 203, aluden a un estándar de negligencia grave o dolo.

²³³⁹ Explica HONNOLD, 2009, p. 339, que los hechos de los que uno «*debiera haber tenido conocimiento*» («*ought to have known*») incluyen esos hechos que serían revelados por cualquier investigación o pesquisa que la parte debería hacer. Pero una obligación basada en hechos que uno «no hubiera podido ignorar» («*could not have been unaware*») no impone ninguna obligación de investigar; se trata de los hechos que están ante los ojos y que uno puede ver. En sede del art. 68 CVCIM, las explicaciones del autor (p. 530) separan el caso del vendedor «que conocía» del supuesto en que «debía haber conocido» la pérdida o deterioro, si bien el precepto les concede mismo tratamiento.

²³⁴⁰ Como señala CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 543, los antecedentes del precepto no conducen de manera clara e inequívoca en este punto.

OLIVA BLÁZQUEZ señala que del art. 68.III CVCIM se han realizado tres interpretaciones: una restrictiva, una amplia y otra amplísima²³⁴¹.

Conforme a la interpretación restrictiva, el vendedor soportaría únicamente la pérdida o deterioro que conocía o debía haber conocido²³⁴². Conforme a la interpretación amplia, el vendedor soportaría el riesgo de toda pérdida y deterioro anteriores a la conclusión del contrato y posteriores y los ulteriores causalmente conectados con los primeros. Se afirma que así se evitan los problemas que devendrían de la «división del riesgo en tránsito»²³⁴³, aunque incluso quienes se decantan por esta interpretación reconocen que no se evita la división del riesgo en tránsito²³⁴⁴ porque, en realidad, se trata de volver a aplicar la regla general del art. 68.I CVCIM²³⁴⁵ con toda la problemática que este apartado conlleva. Conforme a la interpretación amplísima, el vendedor asume todos los riesgos del transporte, anteriores y posteriores a la celebración del contrato²³⁴⁶. Esta lectura buscaría además evitar la «división del riesgo en tránsito»²³⁴⁷, pero ha sido tildada como excesivamente penalizadora para con el vendedor; una sanción ajena a la finalidad del expediente de la transmisión del riesgo²³⁴⁸, aunque conforme otras opiniones esto no se presenta como un problema²³⁴⁹.

²³⁴¹ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 174-175.

²³⁴² NEUMAYER/MING, 1993, p. 439; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2000), pp. 543-544, aunque no con pocas dudas, como tal y como manifiesta el autor en nota a pie de página; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 935-936.

²³⁴³ NICHOLAS, 1987, pp. 499-500. Le sigue GREWAL, 1991, p. 100.

²³⁴⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 177; BOLLÉE, 2001, pp. 264.

²³⁴⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 175. Lo cierto es que CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2000), p. 543, en nota, señala que sería posible pensar que, en el supuesto previsto en el apartado tercero del precepto, entraría en aplicación la regla general del apartado primero.

²³⁴⁶ AUDIT, 1990, p. 92; ALCOVER GARAU, 1991, pp. 249-250; MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 131; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, pp. 221-222.

²³⁴⁷ HONNOLD, 2009, p. 529-530; quien descarta por esta razón la opción de Nicholas.

²³⁴⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 178. También critica la atribución de una función punitiva al precepto HEUZÉ, 2000, p. 331, en nota, por ser ajena al objeto del precepto.

²³⁴⁹ Con una argumentación que no me parece asumible, dice BASOREDO-OTZERINJAUREGI, 2018, p. 222: «en términos de equidad, al igual que en otros casos se exige que la norma fuerce al comprador a soportar la totalidad del riesgo en tránsito con el fin de evitar la división, también parece estar justificado que en este otro la Convención opte por *periculum*

Lo cierto es que de la misma forma que no hay acuerdo sobre el alcance de esta previsión en sede del art. 68 CVCIM, tampoco lo hay respecto de los textos que han seguido su estela al regular la transmisión del riesgo en la compraventa en tránsito. En el ámbito del DCFR, se señala que solo afecta a la regla general de la transmisión retrospectiva del riesgo y al particular riesgo que el vendedor conocía o debía conocer²³⁵⁰. Respecto del CESL, parece que se apuesta por su aplicación a ambas reglas, es decir, tanto la de la transmisión retroactiva como la que tiene lugar en el momento de la conclusión del contrato²³⁵¹; lectura que expresamente se hace de la regulación del CCCat sobre esta cuestión al señalarse que en ambos casos el vendedor soporta el riesgo durante todo el transporte²³⁵².

Y si todo lo anterior parece excesivamente enrevesado y poco clarificador²³⁵³, quedaría por aludir a lo que se considera otro problema añadido: la ausencia de regulación del supuesto de compraventa genérica²³⁵⁴; cuestión a la que me asomo muy brevemente en torno a la regla de la transmisión retroactiva del riesgo (art. 68.II CVCIM) y su posible alternación (art. 68.III CVCIM). Porque, aunque se ha dicho que en sede del art. 68 CVCIM debe ser

est emptoris». Añade la autora –con ánimo de reforzar su argumentación– que otro tanto sucede en aquellos supuestos en que el régimen de atribución del riesgo «castiga» al comprador. Tal sería el caso –señala– del art. 69.1 CVCIM (equivocadamente cita el art. 69.2 CVCIM) que hace soportar el riesgo al comprador por incumplir su obligación de retirada dejándose de aplicar «la regla general» del precepto. Se comprenderá que, desde mi perspectiva, se trata de unas reflexiones improcedentes: no se trata de una cuestión de equidad, ni de revertir una supuesta «regla general» sobre transmisión del riesgo ni, mucho menos, castigar a una parte contractual. En el fondo, como ya he explicado, se trata de saber a qué se ha comprometido el vendedor y ver si ha cumplido o incumplido; pero el art. 68 CVCIM dificulta esta lectura.

²³⁵⁰ VON BAR/CLIVE, 2009b, p. 1389.

²³⁵¹ ZOLL/WATSON, 2012, p. 614 dicen de forma muy genérica que el apartado tercero del art. 145 CESL es una excepción al apartado segundo; el cual contiene las dos posibles reglas que determinan el momento de la transmisión del riesgo.

²³⁵² RAMOS GONZÁLEZ, 2021, p. 218.

²³⁵³ Al menos en el plano teórico. HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 935, señalan que, a pesar de los problemas interpretativos, el art. 68.III CVCIM, no ha de dar demasiados problemas en la práctica.

²³⁵⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 250.

aplicado el requerimiento de la identificación previsto en el art. 67.2 CVCIM²³⁵⁵, BRIDGE plantea que el criterio de la transmisión retrospectiva del riesgo viene a presuponer que las mercaderías no tiene por qué estar identificadas antes de que tenga lugar tal transmisión²³⁵⁶. El caso es que el autor se pregunta cómo afectaría al criterio de la transmisión retrospectiva del riesgo el hecho de que el vendedor sea conocedor de la pérdida o deterioro tras la conclusión del contrato, pero antes de la identificación de las mercaderías (usa la terminología inglesa «*appropriation*») con el contrato. Si bien entiende que el hecho de que el art. 68.III CVCIM no mencione este caso indica que no tiene ningún efecto sobre el funcionamiento de la retroactividad, no duda en traer a colación el tratamiento de la compraventa CIF bajo el Derecho inglés. Y aunque reconoce que el *case law* sobre la cuestión es objeto de una lectura distinta a la que propone²³⁵⁷, encuentra en él apoyo para sostener que este vendedor sí puede identificar tales mercaderías con el contrato para proceder a su ejecución con la entrega de los documentos. El autor destaca que la transmisión retroactiva del riesgo es esencia de la compraventa CIF, apela a su particularidad desde el punto de vista financiero²³⁵⁸ y recuerda su carácter especulativo: se trata de una decisión del vendedor de la que responderá en futuras transacciones con los mismos compradores²³⁵⁹.

Y es así como finalizo el análisis del art. 68 CVCIM: trayendo de nuevo a colación la compraventa CIF de mercaderías en tránsito en la medida en que es la realidad comercial de la que procede; modalidad contractual de cuyas particulares características el texto convencional

²³⁵⁵ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 936. Otra cosa, señalan los autores, es el caso en que el contrato contemple un envío colectivo; en cuyo caso el riesgo sería soportado prorrateo entre los compradores.

²³⁵⁶ BRIDGE, 2008, p. 95.

²³⁵⁷ *Vid.* BENJAMIN/BRIDGE, 2021, p. 1738 y ss.

²³⁵⁸ BRIDGE, 2008, p. 97: «*Intermediate traders dealing with cargoes of goods are not so much buying and selling goods as entering into financial differences contracts*».

²³⁵⁹ BRIDGE, 2017, p. 417: «*the commodities trade is no inhabited by the faint-hearted or the under-resourced. It is better to treat the seller's choice as a business decision that the seller will answer for in future dealings with those same buyers*».

se vio desconectado para dar rienda suelta a una problemática que, como reza el título de este apartado, sería conveniente evitar.

Lo procedente es tener presente las especialidades de este contrato y preguntarse a qué se compromete el vendedor. Y por este camino, que abandona por innecesario el antiguo régimen de la transmisión del riesgo, una eventual regulación podría tener en cuenta esa particular variable que cobra aquí importancia –si el vendedor conoce y/o debe conocer en el momento de la conclusión del contrato que las mercaderías se han «perdido» o no son conformes a lo descrito por los documentos relevantes–, configurarla con claridad y determinar cómo *responde* el vendedor si es que se considera que tal responsabilidad merece una concreta configuración en esta sede.

III. CONFORMIDAD

Ha escrito MORALES MORENO²³⁶⁰: «decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso»²³⁶¹ porque «la entrega es un proceso en el que intervienen tanto el vendedor como el comprador, e incluso terceros (transportistas); proceso que genera riesgos particulares de pérdida de la conformidad». Por ello, apunta el autor, «es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador».

Si bien ya he tenido ocasión de mencionar las dudas que al autor suscita el encaje de la disciplina de la transmisión del riesgo en la noción de incumplimiento que actualmente se maneja, por mucho que en las anteriores reflexiones aluda a su utilidad para determinar el *momento* relevante para apreciar la conformidad del bien con el contrato²³⁶², sus palabras son manifestación de una realidad a la que ya me he referido: la dificultad que tradicionalmente se ha tenido para

²³⁶⁰ MORALES MORENO, 2003, p. 1634.

²³⁶¹ Reflexión realizada con relación al art. 3.1 de la ya derogada Directiva 1999/44/CE.

²³⁶² Introducción, II.

definir qué es entregar; más en concreto, qué es entregar el bien objeto del contrato.

Por un lado, ya he aludido a la controversia sobre la diferencia o eventual equivalencia entre los términos *livraison* y *délivrance* en el seno del Derecho francés, donde se considera que los arts. 1604 y ss. *Code* recogen distintas formas de cumplimiento de la obligación de *délivrance* mientras que la transmisión de la propiedad se rige por el sistema traslativo *solo contractu*. En el Derecho inglés el término *delivery* tampoco es unívoco²³⁶³; variabilidad de significado que también presenta el término entrega en Derecho español en la medida en que, a diferencia de lo que sucede con los preceptos homólogos del *Code français*, los arts. 1462 y ss. Cc referidos al cumplimiento de la obligación de entrega viene a recoger algunos tipos de *traditio* y se plantean dudas sobre si, con ellos, la obligación de entrega queda o no cumplida. Y a ello se suma la diferente comprensión que se ha querido otorgar al cumplimiento de la obligación de entrega en sede del Ccom; ámbito en el que el concepto de la puesta a disposición ha cobrado y alcanzado respectivamente un protagonismo y unas cotas de complejidad improcedentes.

Por otro lado, ceñida la cuestión a la compraventa de bienes muebles y ajena a una reglamentación de la transmisión de la propiedad, la ULIS optó por una definición generalizante de la entrega a la que quiso atar el momento de la transmisión del riesgo que, según se ha explicado, resultó ser insatisfactoria²³⁶⁴. Como reacción, la CVCIM renuncia a una regulación a la par del cumplimiento de la obligación de entrega y la transmisión del riesgo. Y de la misma forma que opta por ese método tipológico en la regulación del momento de la transmisión del riesgo (art. 67-69 CVCIM), también es tipológica su regulación del cumplimiento de la obligación de entrega en el art. 31 CVCIM en la medida en que no ofrece una definición de la entrega como tal.

²³⁶³ Capítulo 1, IV, *in fine*.

²³⁶⁴ Capítulo 4, I.

Nada hay que reprochar a la adopción de un método tipológico en la regulación de la entrega; la práctica lo reclama. Pero, como he explicado, lo que ya no procede es la regulación de una denominada transmisión del riesgo que en realidad nos está diciendo qué es entregar. Ni es posible una transmisión del riesgo en caso de *pérdida* del bien en el mismo momento del cumplimiento de la obligación de entrega [cfr. arts. 67.1.I y 31.a) CVCIM] y es literalmente imposible una pretendida transmisión del riesgo posterior a un pretendido cumplimiento de la obligación de entrega [cfr. arts. 69.1 y 31.c) CVCIM]. Son planteamientos que desconocen para qué estaba pensado este antiguo expediente que, a mi entender, ha perdido su razón de ser en atención al modo que se concibe actualmente la vinculación contractual y el incumplimiento.

A lo largo del epígrafe anterior he reflexionado sobre la duplicidad que representan las normas sobre transmisión del riesgo que se solapan con las normas sobre la entrega [caso evidente el de la puesta en poder de porteador, cfr. arts. 67.1.I y 31.a) CVCIM] o le confieren la precisión de la que estas carecen [caso evidente el de la puesta a disposición, cfr. arts. 69.1 y 31.c) CVCIM]. También he criticado aquellas disposiciones que me parecen desafortunadas, bien por alcanzar cierta abstracción al querer responder a diversos supuestos y ofrecer una regulación que se me antoja problemática (art. 69.2 CVCIM), bien por tratarse de una compleja solución de compromiso que desconoce las especialidades de la modalidad de compraventa de la que procede (art. 68 CVCIM). Y, ya en fin, he realizado una relectura conjunta de los arts. 31 y 67 a 69 CVCIM para poder esbozar cuáles son las modalidades de entrega que, a mi entender, cabría plasmar en una eventual reforma de la regulación de la compraventa en el Código civil español: en esencia, la entrega directa –ya en origen, una plaza del vendedor o un tercer lugar, ya en destino, una plaza del comprador o un tercer lugar– y la entrega indirecta –a configurar en el régimen dispositivo como compraventa con expedición–.

Y aclaradas las modalidades de entrega que yo he estimado relevantes y con las que se cumple esta obligación, se podría prescindir de lo que en su momento tuvo sentido y en los planteamientos actuales ya no lo tiene: la disciplina de la transmisión del riesgo. Esto ya lo he venido diciendo cansinamente respecto al concepto de pérdida fortuita. Si vendedor responde *lato sensu* por el incumplimiento de la entrega en su modalidad y momento relevantes, se abre el sistema de remedios que, con sus requisitos y consecuencias, prosigue el reparto de riesgos en la contratación; escenario en el que, por un lado, se diluye la singularidad o categoría de pérdida fortuita frente a otros incumplimientos de la mencionada obligación y, por otro, pierde su utilidad el mecanismo de la transmisión del riesgo por dicha pérdida porque, como ya sabemos, esta disciplina impide al comprador remediar el incumplimiento de la obligación de entrega en caso de pérdida fortuita acaecida tras la perfección del contrato (cfr. art. 1452 Cc y 333 Ccom).

Dicho esto, se puede completar el cuestionamiento a la disciplina de la transmisión del riesgo en lo que concierne al deterioro fortuito. Aclaradas, insisto, las modalidades de entrega que yo he estimado relevantes, podemos afirmar directamente lo que en realidad ya se afirma indirectamente al decir que el bien ha de ser conforme en el momento de la transmisión del riesgo al comprador: el bien ha de ser conforme en el momento en que se cumple la obligación de entrega.

Si vendedor responde *lato sensu* por la falta de conformidad existente en el momento de cumplimiento de la modalidad de entrega relevante, se abre el sistema de remedios que, según sus requisitos y consecuencias, prosigue el reparto de riesgos en la contratación. Y en este escenario, de la misma forma que la noción de conformidad ha superado los conceptos de vicio o defecto de la cosa que pierden significado como categoría jurídica autónoma²³⁶⁵, lo mismo se ha de decir respecto a la categoría de deterioro fortuito. Además, pierde su utilidad el mecanismo de la transmisión del riesgo por dicho deterioro

²³⁶⁵ MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 294 y nota a pie.

porque, como ya sabemos, esta disciplina impide al comprador remediar el incumplimiento de entregar la cosa en el estado que se hallaba en el momento de la perfección del contrato (art. 1468.I Cc) en caso de deterioro fortuito acaecido tras dicha perfección (cfr. arts. 1452 Cc y 333 Ccom).

En este escenario, en definitiva, ya no existe transmisión del riesgo en caso de pérdida o deterioro fortuitos; afirmación con la que puedo culminar la crítica al art. 66 CVCIM²³⁶⁶ y proceder también al análisis del art. 36 CVCIM. Veremos a continuación que se ha realizado una particular comparación entre ambos preceptos. No entraré aquí en el análisis de la noción de conformidad; concepto que ofrece un enfoque unitario, superador de concretos y diferentes tipologías de incumplimientos tradicionalmente presentes en los sistemas nacionales²³⁶⁷, para evaluar la adecuación material de la mercadería con el contrato según se formula en el art. 35.1 CVCIM²³⁶⁸. Tampoco me detendré en el análisis de los criterios legales de interpretación²³⁶⁹ que establece el art. 35.2 CVCIM –que no normas dispositivas o de derecho supletorio, aunque así se haya dicho de forma aislada²³⁷⁰– con

²³⁶⁶ Introducción, II.

²³⁶⁷ SCHWENZER, 2010, p. 570; HONNOLD, 2009, p. 329; BIANCA, 1987, p. 270.

²³⁶⁸ MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 287. Apela también a esta «conformidad material» AUDIT, 1990, p. 95.

²³⁶⁹ MORALES MORENO, 1997 (2006), pp. 297 y 299; HONNOLD, 2009, p. 333; FLECHTNER, 2009, p. 336.

²³⁷⁰ Equivocadamente, en este sentido, BIANCA, 1987, p. 272; aunque a continuación señala que el rol supletorio de estos criterios es limitado y que difícilmente se pueden aplicar si no hay un mínimo de indicaciones contractuales. TAMAYO CARMONA, 2000, p. 59. No me queda muy claro el enfoque que BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, pp. 229 y 232, adoptan respecto al art. 35.2 CVCIM. Dicen los autores que para saber si una determinada condición o calidad de las mercaderías ha sido específicamente acordada y forma parte del contrato procede acudir al art. 8 CVCIM. No hay –apuntan– una clara demarcación entre los acuerdos implícitos y los requerimientos objetivos del art. 35.2 CVCIM que constituyen –a su entender– estándares *subsidiarios* de conformidad; aunque, para la mayoría de los casos, consideran que la distinción carecerá de relevancia práctica. Dicho esto, señalan que los criterios objetivos del precepto en cuestión se aplican subsidiariamente a los estándares contractuales si las partes no han hecho –o no lo han hecho de forma suficiente– una descripción contractual del cumplimiento y no hay usos que aplicar conforme al art. 9 CVCIM. Como decía, no me queda claro si con la referencia a los «estándares subsidiarios de conformidad» apelan

los que, en sede de conformidad, se viene a afinar o concretar la aplicación de las reglas de interpretación generales del art. 8 CVCIM²³⁷¹ en términos de razonabilidad y confianza para determinar las legítimas expectativas del comprador protegidas por el contrato.

Yo he de centrarme el análisis del art. 36 CVCIM que, como he indicado, es directamente relacionado con el art. 66 CVCIM. Reproduzco ahora ambas disposiciones y resalto en cursiva las expresiones de ambos preceptos que han sido objeto de especial comparación.

Dispone el art. 36 CVCIM lo que sigue: «1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento. 2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que *sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones*, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas».

Por su parte, el art. 66 CVCIM: «La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, *a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor*».

equivocadamente al rol supletorio del art. 35.2 CVCIM o a su naturaleza de reglas de interpretación.

²³⁷¹ Como señala MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 297, el contrato es el que, en primer término, establece el criterio de conformidad (art. 35.1 CVCIM) y en este punto deben ser tenidos en cuenta los criterios generales de interpretación (art. 8 CVCIM). Para los casos de falta de determinación contractual, los criterios legales de interpretación del art. 35.2 CVCIM concretan o fijan los resultados a los que conduciría normalmente la aplicación de las normas interpretativas (pp. 299-300).

Se destaca la relación directa entre ambos preceptos; los cuales vendrían a oponer la noción de falta de conformidad de la que es responsable el vendedor frente al riesgo del que es responsable [sic] el comprador a partir de un determinado momento: la transmisión del riesgo. El art. 66 CVCIM sería, pues, eco de tal oposición²³⁷²; corolario del art. 36.1 CVCIM en la medida en que el deterioro anterior a la transmisión del riesgo es responsabilidad del vendedor²³⁷³. Pero tengo para mí que reflexiones como las anteriores han decaído. Si el bien ha de ser conforme en el momento en que se cumple la obligación de entrega, si la obligación de conformidad queda cumplida en el momento relevante fijado para su cumplimiento, carece de sentido la reflexión del art. 66 CVCIM: por qué el comprador habría «de quedar liberado de su obligación de pagar el precio» si el vendedor ha cumplido²³⁷⁴. Y que no se piense, como ya he señalado, que esa alusión transmisión del riesgo al comprador es útil en caso de que este incumpla sus obligaciones y «se asegure» así el derecho al precio del vendedor («el comprador no se liberará de su obligación de pagar el precio»). Para esto están las normas del incumplimiento que no precisan de una supuesta transmisión del riesgo²³⁷⁵; expediente que entraba en juego antes del incumplimiento del comprador. El art. 66 CVCIM en verdad describe, leído de forma aislada, cómo funcionaba el expediente de la transmisión del riesgo: hay un incumplimiento (pérdida o deterioro fortuitos) y el comprador no puede acudir a remedio alguno (no se libera de la obligación de pagar el precio). Pero carece de sentido en el sistema normativo en el que se ubica, pues el cumplimiento de la entrega y la conformidad y el incumplimiento de estas obligaciones no dejan espacio para que la antigua disciplina de la transmisión del

²³⁷² AUDIT, 1990, p. 100.

²³⁷³ HONNOLD, 2009, p. 512.

²³⁷⁴ Como expresa MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 312, la fijación del momento en que la conformidad debe existir «permite distribuir temporalmente entre los contratantes (vendedor y comprador) el riesgo de falta de conformidad. La que exista en el momento señalado es de cuenta del vendedor, y debe responder por ella ante el comprador, conforme a la Convención. La que se produzca con posterioridad es, en principio, de cuenta del comprador, salvo las excepciones [sic] establecidas en la CV (art. 36.2)».

²³⁷⁵ Capítulo 5.

riesgo entre en juego. No es preciso, insisto, decir que el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos se transmite con el cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad porque es la propia noción de cumplimiento la que pone fin a la responsabilidad del vendedor con relación a estas obligaciones: lo que suceda después del cumplimiento es asunto –es riesgo– del comprador. No obstante, lo importante será preguntarse por la combinación del incumplimiento de otras obligaciones del vendedor con eventuales pérdidas y deterioros fortuitos posteriores al cumplimiento de la entrega y la conformidad o por la combinación del incumplimiento de la conformidad con eventuales pérdidas y deterioros fortuitos posteriores a la entrega. Y a esta cuestión han de dar respuesta los remedios del incumplimiento. Cumplimiento y remedios ante el incumplimiento articulan, pues, el reparto de los riesgos del contrato entre vendedor y comprador; *reparto del riesgo* que es en realidad lo que viene a hacer con relación a la conformidad el art. 36 CVCIM y que nada tiene que ver con el clásico expediente de la *transmisión del riesgo* en la compraventa por mucho que se siga recurriendo, como hace el precepto ahora analizado, a lo que yo he tenido a bien llamar la dialéctica de esta antediluviana disciplina²³⁷⁶.

Aclarado lo que no se tenía claro²³⁷⁷ –el cumplimiento de la obligación de entrega– el art. 36.1 CVCIM habría de decir, como hace el art. 117.1 TRLGDCU, que el bien ha de ser conforme en el

²³⁷⁶ La doctrina, en el fondo, viene a describir también dicho *reparto del riesgo* a través del armazón de la *transmisión del riesgo* mantiene la Convención. Señala BIANCA, 1987, pp. 285-286, que el art. 36 CVCIM pretende distinguir entre los riesgos del comprador y la falta de conformidad. De acuerdo con la regla del riesgo, tras la transmisión del riesgo [sic] todos los eventos que afecten a las mercaderías son venturas («chances», dice) del comprador. La idea subyacente es que lo que ocurra después de tal momento es problema del comprador que ya no concierne al vendedor. Otra cosa –remarca, como se podrá comprender– es que la regla del riesgo no puede exonerar al vendedor de las consecuencias de otros incumplimientos del contrato.

²³⁷⁷ En efecto, como señala SCHWENZER, 2010, p. 596, según el art. 36.1 CVCIM las mercaderías deben ser conformes al contrato en el «“abstract” time» en que tiene lugar la transmisión del riesgo. También MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 314, apunta que el de la transmisión del riesgo «no es un momento fijo».

momento de la entrega de las mercaderías²³⁷⁸ y no apelar a una supuesta transmisión del riesgo; proceder que han seguido distintos textos inspirados en la Convención²³⁷⁹ que dejo para la nota: art. IV.A.-2:308(1) DCFR²³⁸⁰, art. 105.1 CESL²³⁸¹, art. 1481 PAMCC²³⁸², art. 532-6 PAPDC²³⁸³ o el art. 511-9 PCM²³⁸⁴. Repárese en que algunos de estos textos no hacen mención, como el art. 36.1 *in fine* CVCIM, a la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad «aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después [de la transmisión del riesgo]»; síntoma de que la aclaración acaso es innecesaria por evidente.

Desde mi perspectiva, insisto, el art. 36.1 CVCIM viene a decir que la mercancía ha de ser conforme al contrato en el momento del cumplimiento de la obligación de entrega; el precepto describe el

²³⁷⁸ El art. 621-23.1 CCCat también dice que el «responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega». Pero recuérdese la conexión que, en sede de transmisión del riesgo, hace el art. 621-17.1 CCCat con el momento de cumplimiento de la obligación de entrega (art. 621-10 CCCat) para decir que, con carácter general, la transmisión del riesgo tiene lugar en el momento de la entrega; conexión que no se establece, con carácter general, en la legislación de consumo que cuenta con una norma *particular* sobre transmisión del riesgo en el art. 66 ter TRLGDCU que ya he analizado y criticado.

²³⁷⁹ Ya he reproducido los textos equivalentes al art. 66 CVCIM del DCFR, CESL, CCCat o PAPDC y no es preciso volverá repetirlos aquí. *Vid.* Introducción, II.

²³⁸⁰ Art. IV.A.-2:308(1) DCFR: «*The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time*».

²³⁸¹ Art. 105.1 CESL: «El vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador conforme al capítulo 14».

²³⁸² Art. 1481 PAMCC: «El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo a éste».

²³⁸³ Art. 532-6 PAPDC: «El vendedor es responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando la falta de conformidad se manifieste después».

²³⁸⁴ Art. 511-9 PCM: «1. El vendedor responderá de cualesquiera faltas de conformidad del bien, salvo de aquellas que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato y de las que se hayan generado con posterioridad al momento de la transmisión del riesgo./ 2. El vendedor también responderá de las faltas de conformidad que, siendo anteriores al momento de la celebración del contrato se manifiesten con posterioridad o que, siendo posteriores, se deban, bien a un incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, bien al incumplimiento de cualquier obligación que haya asumido tendente a garantizar que el bien será apto para su uso ordinario o para uno especial».

cumplimiento de la obligación de conformidad. Y para esto, ya sabemos, no hace falta alusión a transmisión de riesgo alguna²³⁸⁵. Parafraseando el precepto, «el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de del cumplimiento de la obligación de entrega». Por ahora, mantengo así la idea, aunque ya adelanto que la noción de conformidad ha trascendido *en cierta medida* a su evaluación *en el momento* de la entrega.

Dicho esto, el art. 36.1 CVCIM se presenta como la regla general mientras que el art. 36.2 CVCIM vendría a establecer dos modificaciones o excepciones a esta²³⁸⁶, aunque a mi parecer, se acabará observando que en realidad no son modificaciones o excepciones a nada. Del mismo modo, aunque se haga distinción entre los dos supuestos, se ha dicho con acierto que, en realidad y tal y como hace el propio precepto, ambos pueden ser englobados en uno solo: el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor²³⁸⁷ que ocasiona una falta de conformidad después del momento fijado en el en el art. 36.1 CVCIM²³⁸⁸. Sea como fuere, facilita la comprensión su estudio por separado; sobre todo para abordar la conexión que se realiza de este precepto con el art. 66 CVCIM.

La primera de esas supuestas excepciones concierne al supuesto en que la falta de conformidad se produce *con posterioridad* al momento indicado en el art. 36.1 CVCIM (la transmisión del riesgo, *rectius* el cumplimiento de la obligación de entrega) y es «imputable al incumplimiento *de cualquiera de sus obligaciones* [las del

²³⁸⁵ Dice HONNOLD, 2009, p. 346: en virtud del art. 36.1 CVCIM, «*the seller complied with the contract since the goods conformed to the contract when risk passed to the buyer*». Se destaca en el texto la alusión al cumplimiento con letra redonda.

²³⁸⁶ *Ibidem*, p. 245; MORALES MORENO, 1997 (2006), pp. 312-313.

²³⁸⁷ *Ibidem*, p. 315.

²³⁸⁸ Remarcan BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, p. 249, que este es el elemento decisivo que diferencia los dos párrafos del precepto.

vendedor]», entiéndase, *distintas* de la de conformidad ya regulada en el art. 36.1 CVCIM²³⁸⁹.

Es esta la parte del art. 36.2 CVCIM que es objeto de particular comparación con el art. 66 CVCIM en la medida en que este señala que la pérdida o el deterioro de las mercaderías que tenga lugar *con posterioridad* al momento de la transmisión del riesgo [sic] «no liberan» al comprador de su obligación del pagar el precio «*a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor*». Y la doctrina se pregunta si esos «actos u omisiones» a los que alude el art. 66 CVCIM han de constituir necesariamente en el incumplimiento de alguna obligación contractual del vendedor por la que responderá conforme al sistema de la Convención, tal y como viene a decir la primera parte del art. 36.2 CVCIM, o si puede tratarse de «actos y omisiones» que no sean incumplimiento de obligación alguna del vendedor y, en consecuencia, este precepto contendría un *régimen especial y distinto al del incumplimiento* configurado en sede de riesgo.

Al primer planteamiento –aceptado de forma minoritaria– se adhiere ALCOVER GARAU. En opinión del autor, y aunque reconoce que la cuestión no admite afirmaciones rotundas, los arts. 36.2 y 66 CVCIM están claramente conectados. El segundo también alude al incumplimiento de las obligaciones del vendedor que activaría el régimen de responsabilidad de la Convención. Ante una acción u omisión del vendedor que no sea incumplimiento contractual y que, tras la transmisión del riesgo, ocasiona la pérdida o deterioro de la mercadería, el comprador no puede acudir a los remedios de la Convención y habría de acudir al régimen de responsabilidad extracontractual aplicable en virtud de las normas de conflicto que ofrece el Derecho internacional privado²³⁹⁰; apreciación que no es de extrañar que cause sorpresa en cuanto parece que abre camino a un eventual quebranto de la unificación buscada por la propia Convención. Y mayor sorpresa causa la siguiente afirmación del autor

²³⁸⁹ AUDIT, 1990, p. 101; MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 315.

²³⁹⁰ ALCOVER GARAU, 1991, pp. 123 y ss.

que se me antoja inasumible: «de lo anterior se deduce que no es enteramente correcto afirmar que el riesgo [transmitido al comprador, entiéndase el discurso del autor] engloba tan sólo las pérdidas u omisiones fortuitas o debidas a fuerza mayor, sino también las debidas a actos del vendedor que no impliquen un incumplimiento contractual»²³⁹¹; lo cual es tanto como decir que habrá de satisfacer su contraprestación sin perjuicio de la posible responsabilidad extracontractual del vendedor²³⁹². Para mí, estamos ante razonamientos equívocos que son fruto de un precepto, el art. 66 CVCIM, anómalo en el sistema en que se incardina, como explico enseguida.

El segundo enfoque goza de amplia aceptación; aunque lo cierto es que me produce mayor extrañeza que el anterior. Según esta orientación, la acción u omisión del vendedor a la que alude el art. 66 CVCIM no tiene que tratarse necesariamente del incumplimiento de una obligación contractual del vendedor; este precepto es más amplio que el art. 36.2 CVCIM²³⁹³. El planteamiento de base, según explica CAFFARENA LAPORTA, sería el siguiente: «la pérdida o el deterioro debidos a una conducta del vendedor excluye que se produzcan los efectos de la transmisión del riesgo al comprador, *y ello con independencia de que dicha conducta suponga o no un incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato*»²³⁹⁴. Y en este panorama pueden suceder dos cosas:

Por un lado, si la pérdida o deterioro es resultado de una acción u omisión del vendedor que constituye el incumplimiento de una

²³⁹¹ *Ibidem*, p. 124.

²³⁹² Así lo remarca OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 64-65, contrario a tal planteamiento. Señala el autor: «extender el supuesto de hecho del riesgo a las pérdidas o daños provocados por una actuación del vendedor que no constituya un incumplimiento contractual, equivaldría a desnaturalizar de forma radical el instituto clásico del riesgo tal y como ha venido siendo conocido hasta nuestros días» (p. 69).

²³⁹³ NICHOLAS, 1987, pp. 485-486; NEUMAYER/MING, 1993, pp. 421-424; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 522-523; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 65-69; HONNOLD, 2009, p. 515; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924.

²³⁹⁴ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 523. La cursiva es añadida.

obligación contractual, este responde conforme al régimen de incumplimiento de la Convención. A lo que ahora interesa, tal deterioro sería una falta de conformidad por la se respondería en virtud del art. 36.2 CVCIM. Por otro lado, si la pérdida o deterioro es resultado de una acción u omisión del vendedor que no constituye incumplimiento de una obligación contractual, se dice que procede aplicar el art. 66 CVCIM²³⁹⁵. En este caso estamos ante «*un problema de riesgo* y la única consecuencia será que el comprador no tendrá que pagar el precio»²³⁹⁶ –la obligación de pagar el precio «se extingue»²³⁹⁷– y se asegura así ofrecer protección al comprador *dentro* de la Convención ante una eventual reclamación del precio por parte del vendedor²³⁹⁸: el vendedor no es responsable, pero asume los riesgos²³⁹⁹.

En la doctrina española, expone OLIVA BLÁZQUEZ de forma muy descriptiva esta posición que, dicho con todos los respetos, no me parece posible compartir. Pero vale la pena reproducirla para hilar mi crítica. Centrado en la comparativa entre los arts. 36.2 y 66 CVCIM, remarca el autor: ante el eventual deterioro consecuencia de una acción u omisión del vendedor posterior al momento de la transmisión del riesgo [*rectius* entrega] que no constituye incumplimiento de obligación contractual alguna, el comprador tiene vedado el sistema de remedios y «la única posibilidad que tendrá será la de *no pagar el precio* de las mercaderías *ex* artículo 66». Los arts. 36.2 y 66 CVCIM «se mueven en *planos diferentes*, el de la responsabilidad y el riesgo respectivamente». La Convención introduce un «*régimen especial* en el ámbito de la responsabilidad, ya que no tiene sentido hacer responsable al vendedor por un acto u omisión que ni siquiera

²³⁹⁵ Apunta NICHOLAS, 1987, p. 486, que lo que está excluido del art. 36 CVCIM debe incluirse en el art. 66 CVCIM.

²³⁹⁶ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 523. La cursiva es añadida.

²³⁹⁷ TAMAYO CARMONA, 2000, p. 71.

²³⁹⁸ En este sentido, HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924; quienes subrayan que así quedan cubiertas por la Convención conductas que serían contrarias a Derecho desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual pero no desde la contractual.

²³⁹⁹ NEUMAYER/MING, 1993, p. 422.

implique un incumplimiento de alguna de sus obligaciones contractuales». No es posible poner en plano de igualdad los arts. 36.2 y 66 CVCIM –prosigue el autor– porque ello «confunde de forma inapropiada dos instituciones jurídicas distintas como el riesgo y la responsabilidad» que se mueven «en un ámbito conceptual diferente». En definitiva, «cualquier acción u omisión del vendedor que haya provocado la pérdida o deterioro de las mercaderías una vez transmitido el riesgo, *liberará al comprador de su obligación de pagar el precio*. No obstante, si dicho comportamiento fuese a su vez constitutivo de incumplimiento de una obligación contractual, el vendedor sería responsable por los daños causados *ex art. 36.2 y*, en consecuencia, el comprador tendría a su disposición todos los medios legales que la Convención le otorga en los artículos 46 a 52»²⁴⁰⁰.

Y ante tales reflexiones, yo me pregunto cómo se articula ese «no pagar el precio», cómo es posible que ante un *mero deterioro* – ocasionado por el vendedor pero que no constituye incumplimiento contractual– el comprador «quede liberado» o «se extinga» totalmente su obligación de pagar el precio, cómo es posible insistir en esa diferencia entre responsabilidad y riesgo que parecía periclitada.

Antes de nada, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un debate más teórico que real, pues la propia doctrina señala que lo normal es que esa «acción u omisión» del vendedor a los que alude el art. 66 CVCIM constituyan un incumplimiento de una obligación contractual²⁴⁰¹; lo cual para mí ya es indicativo de lo artificioso que es este precepto. Y lo más curioso es que, cuando se quiere poner un ejemplo de una acción u omisión que *no* constituye incumplimiento contractual, se yerra en el intento; lo cual sucede tanto con relación a la primera interpretación expuesta que aproxima los arts. 36.2 y 66 CVCIM²⁴⁰² como la segunda orientación que pone distancia entre

²⁴⁰⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 67-69. Las cursivas son añadidas.

²⁴⁰¹ NICHOLAS, 1987, p. 485; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 521; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 64; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924.

²⁴⁰² Para ejemplificar un supuesto en el que el riesgo ha sido transmitido al comprador [sic] y solo le queda acudir al régimen de responsabilidad extracontractual, ALCOVER GARAU, 1991,

ambos²⁴⁰³. No he podido encontrar ningún ejemplo convincente al respecto dado que todos son en realidad supuestos de incumplimiento

p. 124, alude al siguiente supuesto: cuando un camión del vendedor impacta contra el camión del porteador independiente que transporta la mercadería; caso en que ya se habría transmitido el riesgo [sic] conforme al art. 67 CVCIM. Pero el autor se equivoca pues, según ya he explicado, la estrecha relación que existe entre el transporte y la entrega determina que una perturbación del curso normal del transporte por parte del vendedor venga a significar el incumplimiento de su obligación de entrega o la conformidad.

²⁴⁰³ En el ámbito de esta segunda interpretación, los ejemplos que se quieren poner los ejemplos que se quieren poner de acciones u omisiones que *no* constituyen incumplimientos contractuales, en realidad, también son incumplimientos contractuales o se trata de ejemplos, a mi parecer, erróneos. Se menciona el caso en que, en una compraventa FOB, el vendedor tiene que recobrar en destino los contenedores en los que, siendo de su propiedad, fueron transportadas las mercaderías y, en tal operación, daña las mercaderías (HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924; quien señala que este ejemplo ya fue expuesto durante los trabajos preparatorios de la Convención). Pero opino que tal operación de retirada habría quedado configurada como una obligación contractual [En este sentido, CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 522, en nota; ALCOVER GARAU, 1991, p. 126, en nota]. NEUMAYER/MING, 1993, p. 422, ponen los siguientes ejemplos: el primero, que la mercancía no ha sido embalada de forma diferente a lo convenido en el contrato, pero se podría haber utilizado un mejor embalaje que hubiese impedido o limitado un daño previsible que el vendedor no podía ignorar. El segundo, según dicen los autores, que el vendedor ha escogido un medio de transporte que como tal no es contrario al contrato, pero es menos apropiado que el que se había previsto, de forma que el daño en las mercaderías no se habría producido de haberse recurrido al transporte convenido. Tengo para mí que en ambos casos cabría achacar responsabilidad al vendedor. Es evidente que en el segundo caso se ha desviado del contrato en cuanto a la expedición y en el primer supuesto acaso parece que oculta información al comprador. Un tercer ejemplo que ponen estos autores sería aquel en que el vendedor retrasa la expedición sin razón, pero respetando el plazo de la entrega; caso en que no se habría producido la pérdida o deterioro sin tal retraso. No creo que valga la pena realizar aquí juicios hipotéticos sobre esas razones que conducen al vendedor a «retrasar» –según dicen los autores– la expedición. Pero lo cierto es que lo hace dentro del plazo precedente y, a mi entender, nos encontramos ante un vendedor cumplidor. Ya dice CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 521, en nota, que los ejemplos de estos autores no son muy afortunados. Otro ejemplo que se suele poner es el siguiente: en caso de transmisión del riesgo (sic) conforme al art. 67 CVCIM, el vendedor tiene sospechas de que las mercaderías enviadas no son conformes, ordena la detención del transporte para examinarlas y, como consecuencia de un hecho fortuito estas se pierden o deterioran; lo cual no habría ocurrido sin la detención del transporte [HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924; NEUMAYER/MING, 1993, p. 422; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 521]. Pero el ejemplo se me antoja artificioso: me pregunto por qué el vendedor detiene las mercaderías sin un previo contacto con el comprador, si habría tenido lugar el examen de las mercaderías previa expedición, si los documentos de transporte ya no serían indicativos antes del comienzo del transporte de la conformidad de las mercaderías con el contrato o su falta de conformidad, qué capacidad de control sigue teniendo el vendedor sobre el transporte, etc. En fin, como señalé en la nota

contractual o ejemplos desafortunados; explicaciones que dejo para la nota a pie de página. Y obviamente quedaría descartada de esta discusión cualquier actuación conforme a Derecho con la que el vendedor reaccionase frente a un incumplimiento del comprador²⁴⁰⁴; supuesto en que tampoco hay «transmisión del riesgo», sino sencillamente incumplimiento. Tocaría analizar qué actuaciones cabe esperar del vendedor y qué remedios proceden²⁴⁰⁵.

Y si todo lo anterior se acaba mostrando, lo digo con todos los respetos, como una estéril polémica, uno ha de dirigir sus sospechas frente al desafortunado precepto que la ocasiona. En efecto, el art. 66 CVCIM choca con el sistema en el que incardina. Como decía unas líneas más arriba, la lógica del precepto tiene todo su sentido en un sistema en que hay una *verdadera* transmisión del riesgo: transmitido el riesgo en el momento de la perfección del contrato (arts. 1452 Cc y 333 Ccom), el comprador ha de pagar el precio (no puede acudir a remedio alguno) a pesar de la pérdida o deterioro fortuitos (a pesar del incumplimiento de la obligación de entrega o de entregar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato). Pero si el vendedor incumple su obligación de conservación (art. 1094 Cc) y el bien sufre alguna pérdida o deterioro, este responderá *por incumplimiento contractual*. Esta última idea es evocada por el art. 66 CVCIM con esa controvertida alusión que hace a la «acción u omisión del vendedor»; pero carece de sentido porque el sistema de la Convención no permite la transmisión del riesgo *anterior* al cumplimiento de la entrega y de la conformidad que dejaría espacio

anterior, existe tal estrecha relación entre la obligación de expedición y la obligación de entrega que una intervención del curso normal del transporte por parte del vendedor puede acabar significando el incumplimiento de su obligación de entrega o la conformidad. Ya, por último, HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 924, hacen referencia al caso en que el vendedor ejercita su derecho previsto en el art. 71.2 CVCIM (el conocido como *right of stoppage*). Pero es evidente que en este caso el vendedor realizar una conducta amparada por el Derecho que no cabría encuadrar entre esas «acciones y omisiones» a las que alude el art. 66 CVCIM que supuestamente no constituyen incumplimiento de obligaciones contractuales (En similar sentido, NEUMAYER/MING, 1993, p. 424).

²⁴⁰⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 70.

²⁴⁰⁵ Capítulo 5, III.

para evaluar la conducta del vendedor (acciones y omisiones) *después* de la transmisión del riesgo pero *antes* del cumplimiento de las dos obligaciones a las que tal transmisión se refiere y que conduciría a un *incumplimiento contractual*. En definitiva, es un precepto que no debería existir en un régimen como el de la Convención.

Si una vez entregado el bien conforme al contrato el sistema hipotetiza sobre un posible comportamiento del vendedor que ocasiona una «pérdida o deterioro» de las mercaderías, unas líneas más arriba he aludido a la dificultad para que la *vis attractiva* del contrato no arrastre al ámbito de la *responsabilidad contractual* las consecuencias de tal comportamiento o que, sencillamente, nos encontremos ante un indubitado incumplimiento de una obligación asumida por el vendedor. Y esto es así por la sencilla razón de que, en realidad, nos estamos moviendo en un escenario en que el contrato todavía está en proceso de ejecución y pretender visualizar una acción u omisión del vendedor que no constituya un incumplimiento contractual resulta forzado y artificioso²⁴⁰⁶.

En absoluto se trata, como señala parte de la doctrina en atención a la letra del art. 66 CVCIM, de que el comprador «quede liberado» de la obligación de pagar el precio –no se sabe muy bien a través de qué mecanismo remedial, si es que no se está pensando en una liberación automática, que tampoco se sabe muy bien cómo funcionaría si el comprador ya ha pagado le precio²⁴⁰⁷– ni que tal liberación tenga

²⁴⁰⁶ Hipotetizar acerca de un comportamiento del vendedor posterior al cumplimiento de las obligaciones de entregar el bien conforme al contrato pero que no constituya incumplimiento contractual es artificial, a no ser que se quiera imaginar un supuesto en el que tal comportamiento tenga lugar temporalmente en un momento tan lejano al previo cumplimiento que quepa la posibilidad de considerar que el vendedor y el comprador ya no son partes de un contrato sino extraños. Pero resulta evidente que es un planteamiento forzado y que carece de sentido. Como mínimo, carece de sentido que una norma en sede del contrato de compraventa lo contemple.

²⁴⁰⁷ Como bien apunta RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 54, no se puede hacer una simple lectura a contrario del art. 66 CVCIM de la que se concluya que la pérdida o deterioro de las mercancías antes del momento de la transmisión del riesgo libera directamente al comprador de su obligación de pagar el precio.

lugar ante un mero deterioro que ocasiona el vendedor *no incumplidor*; lo cual es una reflexión que resulta particularmente chocante a lo que ahora, al tratar la conformidad, interesa destacar. De lo que se trata es que el comprador pueda recurrir al sistema de remedios por incumplimiento. De hecho, y como se puede comprobar²⁴⁰⁸, varios de los casos con los que se quiere ejemplificar esa «acción u omisión del vendedor» mencionadas por el art. 66 CVCIM aluden a intervenciones del transporte tras la expedición [arts. 31.a) y 67.1.I CVCIM]. Y como ya he explicado, existe tal estrecha relación entre la obligación de expedición y la obligación de entrega que una intervención del transporte por parte del vendedor puede acabar significando el *incumplimiento* de su obligación de entrega o la conformidad –cuando en un principio ya habría cumplido su obligación de entrega y conformidad *ex* arts. 31.a) y 36.1 CVCIM– que abre el sistema de remedios en favor del comprador.

Y esto es precisamente a lo que atiende la primera parte del art. 36.2 CVCIM en sede de conformidad: el precepto se pregunta por la falta de conformidad de las mercaderías ocasionada posteriormente al cumplimiento de la obligación de entrega y debida al incumplimiento de alguna obligación del vendedor²⁴⁰⁹. Desterrado de mi consideración por innecesario el art. 66 CVCIM y de vuelta al art. 36.2 CVCIM, señala la doctrina que pueden tratarse de obligaciones anteriores al momento de la transmisión del riesgo –*rectius* entrega–, como la mala gestión del contrato del transporte, o posteriores, como la instalación en destino de las maquinarias compradas²⁴¹⁰. Y lo cierto es que yo me

²⁴⁰⁸ *Vid.* notas a pie de páginas 2402 y 2403.

²⁴⁰⁹ Subraya MORALES MORENO 1997 (2006), p. 316: «la responsabilidad del vendedor fundada en el artículo 36.II primera parte no es una responsabilidad objetiva, como es la del párrafo primero de este mismo artículo. Es una responsabilidad que tiene como criterio de imputación el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor. Sus efectos son los mismos remedios contemplados en los artículos 45 y ss.».

²⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 315; BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, pp. 249-250. También SCHWENZER, 2010, p. 597; quien, a mi entender, se equivoca al decir que se incluyen en la aplicación del precepto los incumplimientos *posteriores* al momento de la transmisión del riesgo [sic] en atención al art. 7.1 CVCIM porque, de otra forma, entraría en juego el sistema de responsabilidad contractual o extracontractual del derecho interno aplicable.

pregunto si, más que ante una previsión necesaria, nos encontramos a lo sumo ante una disposición aclaratoria, porque tengo para mí que habría de resultar evidente que el incumplimiento de cualquier obligación que determine la falta de conformidad del bien vendido activa el sistema de remedios por ambos incumplimientos.

Siguiendo con el análisis del art. 36.2 CVCIM, la segunda –y supuesta– excepción a la regla del art. 36.1 CVCIM que determina que el *momento* relevante para evaluar la no conformidad es el del cumplimiento de la obligación de entrega es la que sigue: cuando la falta de conformidad ocurrida con posterioridad al momento de la entrega consiste en el «incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas». Es en este punto en particular, como decía unos párrafos más arriba, donde se observa que la noción de conformidad ha trascendido *en cierta medida* a esa regla de que la evaluación de su cumplimiento toma como punto de referencia *el momento* de la entrega. El precepto refleja el hecho de que algunas garantías incluyen compromisos que se extienden más allá del momento de la entrega²⁴¹¹.

Se ha señalado que el alcance de esta disposición no es claro en la medida en que el vendedor ya es responsable conforme al art. 35 CVCIM por la aptitud de las mercaderías para su uso ordinario u especial durante cierto período de tiempo²⁴¹² –pues resulta evidente que, en realidad, todo comprador pretende que las mercaderías adquiridas sean susceptibles de prestar una determinada utilidad durante cierto tiempo²⁴¹³– hasta el punto de que se ha dicho que esta disposición especial relativa a las garantías de durabilidad podría no

²⁴¹¹ HONNOLD, 2009, p. 347.

²⁴¹² SCHWENZER, 2010, p. 598; HONNOLD, 2009, p. 347.

²⁴¹³ MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317. También BIANCA, 1987, p. 289; quien subraya que se trata de una expectativa razonable del comprador de acuerdo con la Convención.

haber sido necesaria a la vista de la regla general del precepto ahora citado que da efecto al acuerdo de las partes²⁴¹⁴.

Explica MORALES MORENO que la garantía de que trata el art. 36.2 CVCIM no es un criterio de imputación de responsabilidad distinto del general mencionado en el art. 36.1 CVCIM²⁴¹⁵. En los sistemas de responsabilidad contractual contruidos sobre el presupuesto de la culpabilidad –explica el autor– las garantías legales o convencionales «implican una atribución del riesgo de la falta de producción de un resultado que opera al margen de la culpabilidad»; sistemas en los que tiene sentido distinguir las reglas generales de responsabilidad y las garantías. Pero en el sistema de la Convención –prosigue el autor– «que acoge un sistema de responsabilidad contractual objetiva, *no hay razón para esta distinción*» porque «toda obligación asumida por el vendedor, tanto de que las mercaderías sean de una determinada calidad y tipo como la de que éstos tengan una determinada duración, le hace responder objetivamente, *como si se tratara de una garantía*». Y así señala que, en realidad, la garantía de duración prevista en el art. 36.2 CVCIM es fundamentalmente «un modo de determinación de las cualidades de las mercaderías»²⁴¹⁶.

El caso es cómo encauzar esa aspiración de duración de la aptitud y cualidades de las mercaderías y MORALES MORENO expone los dos posibles modos: bien determinando una calidad y tipo mercaderías que tengan la virtualidad de producir tal durabilidad, bien garantizando directamente este resultado. «En el primer caso, la conformidad exige que las mercaderías tengan las características requeridas, en el momento de la transmisión del riesgo [sic] al comprador; y la prueba gira en torno a si las mercaderías tenían o no en ese momento las cualidades exigibles. [...] En el segundo caso, la conformidad impone alcanzar el resultado previsto en la garantía. La

²⁴¹⁴ HONNOLD, 2009, p. 347.

²⁴¹⁵ Responsabilidad entendida *lato sensu* y comprensiva del conjunto de remedios que la Convención pone a disposición del comprador. MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 314.

²⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 316. La cursiva es añadida.

prueba gira en torno a si se ha alcanzado o no ese resultado, *sin que sea necesario tomar en cuenta el estado de la mercancía en el momento de la transmisión del riesgo [sic]*»²⁴¹⁷.

Es en este segundo sentido cómo funciona la garantía a la que alude el art. 36.2 CVCIM, la cual –según se dice– viene a facilitar la carga de la prueba del comprador²⁴¹⁸; este no tiene que probar que la falta de conformidad existía en el momento de la transmisión del riesgo²⁴¹⁹ [sic], sino la existencia de la garantía y la falta de conformidad. Ello determinaría directamente la responsabilidad del vendedor²⁴²⁰ salvo que este pruebe que tal falta de conformidad no entra dentro de su *esfera de riesgo*; normalmente, que es consecuencia de un inapropiado uso por parte del comprador, la actuación de un tercero o sucesos fortuitos²⁴²¹. Esto es, que no haya falta de conformidad ni –en consecuencia– responsabilidad del vendedor, sino venturas –riesgos– que solo atañen al comprador.

En efecto, la garantía, en cuanto promesa del vendedor relativa a la utilidad de la cosa, supone que este asuma una serie de riesgos para asegurar cumplir con lo prometido²⁴²² y, en consecuencia, el comprador pueda acudir a los remedios ante tal responsabilidad asumida. La letra de la garantía o su interpretación normalmente deja claro que esta no se extiende a causas externas a la esfera de riesgo del vendedor²⁴²³; lo cual supone generalmente que se tratará de faltas de conformidad existentes en el momento de la transmisión del riesgo

²⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 317. La cursiva es añadida.

²⁴¹⁸ SCHWENZER, 2010, p. 598. También MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317 y BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, p. 250; quienes subrayan otros efectos como la ampliación del período de reclamación por falta de conformidad previsto en el art. 39.2 CVCIM.

²⁴¹⁹ También lo recalca HONNOLD, 2009, p. 347.

²⁴²⁰ BIANCA, 1987, p. 287; MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317.

²⁴²¹ SCHWENZER, 2010, p. 600; MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 318; BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, p. 250.

²⁴²² MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317.

²⁴²³ Se subraya que estas son garantías muy inusuales. SCHWENZER, 2010, p. 598; MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317.

[sic] por las cuales el vendedor ya sería en todo caso responsable conforme a los arts. 35 y 36.1 CVCIM²⁴²⁴.

Como se observa, del art. 36.1 CVCIM partimos hacia el art. 36.2 parte segunda CVCIM, dejando atrás –al menos aparentemente– la relevancia de la atención al *momento* de la transmisión del riesgo (*rectius* entrega) para determinar la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad. Pero acto seguido del art. 36.2 parte segunda CVCIM se regresa de vuelta al art. 36.1 CVCIM no solo para indicar que la responsabilidad del vendedor –el riesgo asumido– tendrá normalmente su origen en circunstancias anteriores al *momento* de la transmisión del riesgo (*rectius* entrega), sino para señalar que el fundamento de tal responsabilidad es en realidad el mismo en ambos supuestos del precepto pues, en todo caso, estamos ante la evaluación del compromiso contractualmente asumido por el vendedor (art. 35 CVCIM). Y ante este escenario, cabe cuestionar la oportunidad de esta bipartición por mucho que de la garantía a la que alude el art. 36.2 CVCIM se destaque la facilitación de la prueba en favor del comprador.

Pues bien, cuestionada esta bipartición, así como –según he explicado– la necesidad de la mención del art. 36.1 *in fine* CVCIM (la manifestación de la falta de conformidad tras la entrega) o de la previsión del art. 36.2 CVCIM primera parte (la falta de conformidad resultante del incumplimiento de *otras* obligaciones), yo me pregunto si una eventual reforma de la regulación del contrato de compraventa en el Código civil español podría prescindir en su conjunto de una disposición como el art. 36 CVCIM; si sería suficiente una previsión que aluda a la obligación del vendedor de entregar las mercaderías conformes con el contrato (art. 35.1 CVCIM) seguida de los criterios legales de interpretación considerados oportunos (art. 35.2 CVCIM).

²⁴²⁴ SCHWENZER, 2010, p. 598; BRUNNER/GOTTLIEB, 2019, p. 250. En similar sentido, apunta MORALES MORENO, 1997 (2006), p. 317, que el riesgo asumido depende de la propia promesa, «pero normalmente se debe entender limitado al que pueda conectarse con el cumplimiento del deudor (producción, selección, conservación, distribución, etc.)».

Porque, en realidad, es esta última disposición la que plasma normativamente el alcance de la garantía del vendedor –y, en consecuencia, el alcance de su responsabilidad– en cuanto a la conformidad del bien con el contrato tanto en su materia como en su potencia; debiendo quedar la cuestión de la carga de la prueba a apreciaciones relativas a su accesibilidad, proximidad o conocimientos técnicos de una u otra parte según el caso concreto. La expresión de que el vendedor «debe entregar el bien conforme con el contrato» más los criterios interpretativos habría de ser lo suficientemente flexible para evocar tanto la relevancia del momento de la entrega como que la conformidad se proyecta en ocasiones más allá de tal momento.

Posiblemente cause extrañeza este planteamiento y cueste imaginar el desprenderse de una norma que apele a esa idea muy asentada, como regla general, de que el «vendedor es responsable de toda falta de conformidad *existente en el momento* de la entrega». Parecería que queda diluida una referencia clara a un punto seguro de reparto de riesgos entre vendedor y comprador relativos a la conformidad; acaso parecería que abrimos la posibilidad a que el vendedor responda *más allá* de lo debido. Pero no lo creo. Aparte de que es una regla que el propio art. 36 CVCIM y semejantes se han visto en la necesidad de modular, no olvidemos que el *reparto del riesgo* en la contratación se realiza de dos maneras: por un lado, el propio contrato y su interpretación determinan cuál es el compromiso del vendedor, a lo que ahora interesa, respecto a la conformidad (art. 35 CVCIM). Por otro lado, en caso de incumplimiento, los remedios, sus requisitos y consecuencias están encaminados a satisfacer el interés del comprador protegido en el contrato, no otros distintos o mayores y, en consecuencia, a no ampliar los riesgos asumidos por el vendedor.

Y si el anterior planteamiento parece excesivo, en la medida en que la garantía de durabilidad a la que se refiere el art. 36.2 CVCIM se conecta, como regla, con una esfera de riesgos del vendedor delimitada por el momento de la entrega, acaso sería más expresivo hacer converger esta disposición y lo previsto en el art. 36.1 CVCIM en una regla que apelase a la responsabilidad del vendedor por toda

falta de conformidad «que *tenga su origen* en un momento anterior al cumplimiento de la obligación de entrega», en vez de la falta de conformidad «*existente* en tal momento». Aunque posiblemente se estime que se trata de un cambio terminológico más bien banal.

IV. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

Con relación a los Códigos decimonónicos españoles, cabe afirmar lisa y llanamente que la disciplina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa no está relacionada con la transmisión de la propiedad por la sencilla razón de que la transmisión de la propiedad no está concebida *de lege data* como obligación del vendedor. Y la transmisión del riesgo, como ya sabemos, priva al comprador de la posibilidad de reaccionar, de remediar, ante *el incumplimiento de obligaciones* del vendedor; concretamente las obligaciones de entregar (pérdida fortuita) y de entregar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato (deterioro fortuito).

Otra cosa es que el contrato de compraventa se considere tendencialmente traslativo del dominio²⁴²⁵ y que, acompañado de la tradición, produzca en virtud del art. 609 Cc tal transmisión. Otra cosa es que, teniendo en cuenta los distintos modos de tradición, se pueda dar el caso de que tal transmisión tenga lugar antes de la transmisión del riesgo –por ejemplo, en el momento de la conclusión del contrato *ex* art. 1463 Cc parte segunda–, en el mismo momento de la transmisión del riesgo –si se acepta que el art. 333 Ccom recoge un supuesto de *traditio*– u, obviamente, con posterioridad (art 1462 Cc); siendo por ejemplo, los dos primeros casos de transmisión temprana de la propiedad útil al comprador, tal y como se resaltó en el ámbito del Derecho inglés²⁴²⁶, en caso de quiebra del vendedor. Pero en nuestro ordenamiento jurídico no hay vínculo directo o relación de causa y efecto entre la transmisión del dominio y la del riesgo porque

²⁴²⁵ GARCÍA CANTERO, 1991, p. 183; «sin duda, el principal de ellos», dice Díez-PICAZO, 2010, p. 57.

²⁴²⁶ Capítulo 2, III, 2, *in fine*.

esta última cuestión está relacionada con el cumplimiento e incumplimiento *de las obligaciones* del vendedor. El expediente de la transmisión del riesgo mira a la obligación de entrega; concretamente, como ya he explicado, siendo estrictos y fieles al funcionamiento de esta disciplina, mira a la entrega material.

Como en su momento advirtió ALBALADEJO GARCÍA, a pesar de la existencia de opiniones que de pasada vienen a admitir la obligación de transmitir la propiedad²⁴²⁷ y de que tal orientación pueda considerarse como la «actual», el Código civil español no consagra tal obligación en el contrato de compraventa²⁴²⁸. Esto es así —explica el autor— por mucho que nada justifique ya la vieja solución romana²⁴²⁹ y sin que el recurso a la buena fe (art. 1258 Cc) permita —a su entender— construir la solución contraria²⁴³⁰. Este enfoque es el que ha

²⁴²⁷ A título meramente ejemplificativo, dice DE BUEN, 1930, p. 560, que el vendedor se obliga «a entregar la propiedad de una cosa determinada». Señala CASTÁN TOBEÑAS, 1956, p. 82, que la obligación de proporcionar al comprador no está «claramente expresada en nuestro Código».

²⁴²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, 1947, pp. 447-448. El autor se muestra elocuente: «Déjese de querer incorporar a nuestro Derecho la actual concepción de la venta y quizás a cambio de quedarnos anticuados lleguemos a obtener la verdad. [...] Hemos buscado la obligación de transmitir el dominio en el término exacto, en la expresión concreta, en el precepto amplio, en la letra de la Ley y en su espíritu y en ninguna parte la hemos hallado».

²⁴²⁹ *Ibidem*, pp. 499-500: «vive la venta romana, sin que exista la razón que en Roma la justificaba. [...] Y a nosotros no nos ha bastado dos mil años para consumir la evolución, para eliminar la imperfección. Roma tenía que luchar con una organización jurídicosocial que, quizá, le impidió perfeccionar del todo su compraventa. Nosotros no tenemos que luchar con nada, si no es con una concepción muerta, porque muertas están la [sic] razones que la sostenían».

²⁴³⁰ *Ibidem*, pp. 488-489: «con arreglo a los cánones de la propia buena fe, no es de presumir que el vendedor pretenda transmitir más de lo que tiene, ni el comprador adquirir más de lo que puede serle transmitido. ¿No nos lleva esto mismo a la conclusión de que el vendedor y comprador tratan de dar y adquirir, respectivamente, el máximo poder existente (en el primero) sobre la cosa, poder que normalmente será la propiedad, pero que puede no serlo, y que en este caso se cumple con entregar y sanear, sin que la buena fe obligue a más? [...] En conclusión: la buena fe protegida por la ley, las consecuencias del contrato según la buena fe tienen un límite, y éste debemos entender es aquel a partir del cual la ley misma ya no otorga facultad para oponerse a algo, ni poder para exigirlo, y como este límite es la evicción, está claro que la obligación de transferir queda fuera de él. [...] El verdadero sentido del art. 1258 es referirse a consecuencias del contrato no directamente determinadas, no expresamente precisadas, pero que deben producirse según su naturaleza, siendo conformes a la buena fe, al

prevalecido²⁴³¹; señalándose que la falta de transmisión de la propiedad, si la cosa era ajena, no puede considerarse incumplimiento de un deber de prestación, salvo que el vendedor se hubiese comprometido a adquirirla. Si el vendedor es de buena fe, nos encontramos –al igual que se dice respecto a la regulación de la garantía por vicios ocultos– ante un problema de *reparto de riesgo*; riesgo de insatisfacción del comprador que, a través de la evicción²⁴³², se hace recaer sobre el vendedor hasta que aquel adquiere la propiedad mediante la usucapión²⁴³³ y sin perjuicio de que el vendedor haya todavía de responder si tiene lugar la evicción con ocasión de otras privaciones que pueda sufrir el comprador en su posesión legal y pacífica de la cosa vendida.

No obstante, este planteamiento aceptado como punto de partida es en gran medida alterado y se vuelve a dirigir la mirada hacia el art. 1258 Cc. Reitera Díez-PICAZO que no hay rastro en el Código civil de una específica obligación de transmitir la propiedad por parte del vendedor ni existe base para entender que *en todo contrato* de compraventa exista tal obligación con base en la buena fe contractual²⁴³⁴. Pero de ahí no se puede seguir –dice– que, en *algunos* supuestos, la buena fe sí pueda imponer tal obligación y lo que procede es preguntarse cuáles son tales casos. En opinión de autor, cabe identificar dos: «si no se olvida que la buena fe se encuentra muy relacionada con la confianza que las declaraciones de voluntad y los comportamientos concluyentes suscitan, habrá que entender que el vendedor tiene, por buena fe, obligación de transmitir la propiedad, si le constaba, o debía constarle, que el comprador había actuado sobre la base de la confianza en adquirir el dominio. Creemos que existe también obligación

uso y a la ley; y al caer dentro del ámbito de esa buena fe (como no puede menos ser) el punto que tratamos, sólo exige ese 1258 que el vendedor cargue con el peso de cualquier perjuicio que su posible falta de derecho –traducida en evicción– acarree al comprador».

²⁴³¹ GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 183-184; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 887.

²⁴³² Arts. 1475 y ss. Cc.

²⁴³³ MORALES MORENO, 1993, p. 934.

²⁴³⁴ Díez-PICAZO, 2010, p. 58; quien señala que la argumentación de Albaladejo García en torno al art. 1258 Cc es certera si la compraventa se contempla abstractamente.

contractual de transferir la propiedad en todos aquellos supuestos en que al vendedor le conste, o deba constarle, que las finalidades económicas pretendida por el comprador solo pueden conseguirse convirtiéndose en propietario de la cosa comprada»²⁴³⁵. Y a la vista de semejantes afirmaciones, que si no vienen a negar *de facto* lo que el Código dice al menos sí vienen a ampliar y disminuir respectiva y enormemente los supuestos en los cabe entender que existe y no existe tal obligación de transmitir el dominio²⁴³⁶, nos encontramos ante un discurso que se mueve en una lógica de regla y excepción que acaso merezca ser cuestionada por mucho que la regulación codificada así lo favorezca.

Tal cuestionamiento o revisión encuentra eco y respaldo en aquellas propuestas –bien en el ámbito español²⁴³⁷, que cuenta en su contexto

²⁴³⁵ *Ibidem*, pp. 58-59.

²⁴³⁶ Señala GARCÍA CANTERO, 1991, p. 183, que las partes, aun sin explicitarlo, suelen proponerse la transmisión de la propiedad. Apuntan LACRUZ BERDEJO ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, 2013, p. 6, que, «si por ser la venta en su aceptación vulgar un contrato traslativo de la propiedad, se deduce de las circunstancias que el comprador contemplaba la adquisición del dominio como finalidad del contrato por él celebrado –y casi siempre será así, porque no siendo propia la cosa adquirida no tendría igual valor en el mercado si se vende nuevamente–, no hay cuestión: ha quedado obligado el vendedor a transmitir la propiedad. Tajante, PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1722, quien considera que en virtud del contrato de compraventa «–al menos, del socialmente típico, interpretado integradoramente en atención a los usos del tráfico (v. art. 1258 CC)–, el vendedor queda obligado a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. Han desaparecido los motivos que justificaron la solución romana y –remarca el autor– lo razonable es que el comprador de cosa ajena tenga de inmediato a su disposición los remedios generales frente al incumplimiento».

²⁴³⁷ Cfr. art. 1445 PMCC: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas». El precepto no hace una mención expresa a la obligación de la transmitir la propiedad. Pero de la crítica que se realiza en el apartado XXXIV de la Exposición de Motivos de la PMCC a la garantía de evicción en general –que se deja atrás siguiendo el modelo de la CVCIM– y a su particular efecto de que el vendedor no incumple ninguna obligación si no transmite al comprador la propiedad, cabe entender que el precepto sí contempla tal obligación al menos de forma implícita. *Vid.* GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO, 2020, p. 438. También art. 511-2.b) PCM: «Son obligaciones del vendedor: b) La transmisión de la propiedad de los bienes, incluyendo la entrega libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero y, entre ellos, los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual». Cfr. art. 531-1.1 PAPDC: «La compraventa es el

plurilegislativo con normativa vigente al efecto²⁴³⁸, bien en el panorama armonizador europeo²⁴³⁹—que contemplan la transmisión de la propiedad como obligación del vendedor, junto a la solución ya ofrecida —y de referencia para alguna de las propuestas recién aludidas— por el art. 30 CVCIM²⁴⁴⁰, así como en el ámbito del Derecho comparado. En esta investigación me he acercado, con motivo de su relación con la transmisión del riesgo, a la obligación de transmitir la propiedad en los derechos francés e inglés. Y es precisamente esta cuestión, la de la transmisión del riesgo, la que justifica que en los próximos párrafos haga una breve mención al ordenamiento jurídico alemán y la relación que hay entre el § 433 BGB, que recoge la obligación de transmitir la propiedad del

contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho al comprador [...]» y art. 532-1.b) PAPDC: «Son obligaciones del vendedor: b) Transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos que es objeto de la compraventa». Nótese la similitud con el art. 621-1 CCCat.

²⁴³⁸ Cfr. Ley 567 CDCFN: «Obligaciones del vendedor. Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a *hacer todo lo posible para* que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma [...]». La cursiva es añadida. *Vid.* también el art. 621-1 CCCat: «La compraventa es el contrato por el que el vendedor se obliga a entregar un bien conforme al contrato y a transmitir su titularidad, ya sea del derecho de propiedad o de los otros derechos patrimoniales, según su naturaleza, y el comprador se obliga a pagar un precio en dinero y a recibir el bien». Sobre la circunstancia de que la expresión «titularidad» hace referencia a todo derecho patrimonial sobre cualquier bien y no solo al derecho de propiedad, BARRAL VIÑALS, 2018, p. 173 y ss., y LAUROBA LACASA, 2021, p. 146 y ss. Nótese la similitud con los arts. 531-1-1 y 532-1.b) PAPDC.

²⁴³⁹ Cfr. art. IV.A.-1:202 DCFR: «*A contract for the “sale” of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price*», junto con el art. IV.A.-2:102(a) DCFR: «*The seller must: (a) transfer the ownership of the goods*». Art. 2(k) CESL: «A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: (k) “contrato de compraventa”: todo contrato en virtud del cual el comerciante (“el vendedor”) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (“el comprador”) la propiedad de los bienes, [...]» y art. 91(b) CESL: «El vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales (en esta parte denominado “el vendedor”) deberá: (b) transmitir la propiedad de los bienes, incluido el soporte material utilizado para suministrar los contenidos digitales».

²⁴⁴⁰ Art. 30 CVCIM: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad [...]».

vendedor, y el § 446 BGB, sobre la transmisión del riesgo junto a su juego con el § 326 BGB.

No es objeto de las siguientes líneas realizar un acercamiento al funcionamiento del saneamiento por evicción en el Código civil español; sistema especial de responsabilidad que no ofrece una protección adecuada al comprador y apenas es aplicado²⁴⁴¹, de forma similar a la superación que en la práctica se ha producido respecto de la aplicación del saneamiento por vicios ocultos en pro de las normas generales del incumplimiento²⁴⁴². En los planteamientos que ahora se manejan, estos sistemas especiales de responsabilidad que proveen de una garantía de alcance protector limitado para el comprador son embebidos por un régimen general de incumplimiento que articula un sistema unitario de remedios orientado a garantizar la realización del resultado protegido por el contrato. Tampoco analizaré el sistema traslativo español ni el de ningún otro ordenamiento con ánimo de realizar algún apunte comparativo. Lo que aquí procede es resaltar que mi cuestionamiento, expuesto hasta este momento, de las denominadas normas sobre transmisión del riesgo no encuentra escollo alguno en la existencia de la obligación de transmitir la propiedad, cuyo cumplimiento e incumplimiento y su impacto en el conjunto del contrato habrá de ser evaluado y sopesado tal y como se ha de hacer con relación a cualquier otra obligación del vendedor.

Lo cierto es que, admitida con la amplitud que hace Díez-PICAZO una posible obligación de transmitir la propiedad en nuestro Derecho vigente, uno podría verse tentado a evaluar de nuevo esa hipotética relación causa y efecto entre una temprana transmisión de la propiedad y la del riesgo al comprador previo cumplimiento de la obligación de entrega. Y volveríamos a toparnos con las opiniones

²⁴⁴¹ Es suficiente con que, por ejemplo, me remita al apartado XXXIV de la Exposición de Motivos de la PMCC.

²⁴⁴² FENYO PICÓN, 1996, pp. 200-205 y 240; en un estudio que subraya la progresiva superación de la diferenciación del régimen de la compraventa específica y genérica y, en consecuencia, la dualidad de los regímenes de las acciones edilicias y las normas generales del incumplimiento.

disparas a las que ya he aludido y no hace falta volver a exponer aquí con pormenor: con TROPLONG, que pondera la armonía conseguida por el *Code français*²⁴⁴³; con HUC, quien cree que nada se cambia²⁴⁴⁴; con BÉRGAMO LLABRÉS y ALONSO PÉREZ quienes opinan que *res perit domino* es una píldora artificiosa²⁴⁴⁵. Y a estos pareceres cabría añadir el de RABEL que, teniendo en mente la realidad de las compraventas con expedición, uno puede entender su crítica punzante a la relación entre la transmisión de la propiedad con la del riesgo; opción «sorprendentemente primitiva» –dice– porque si la propiedad permanece en el vendedor tras la expedición es para asegurar el pago del precio²⁴⁴⁶.

Con todo lo explicado hasta ahora, ya sabemos que no hemos de elucubrar ni seguir el camino de la relación entre transmisión de la propiedad y transmisión del riesgo; planteamiento innecesario ya sea para adherirse a él o criticarlo. Porque, bien comprendido, el fenómeno de la transmisión del riesgo es lo que es: un reconocimiento de que se han incumplido las obligaciones de entregar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato; una insatisfacción del comprador que no se le permite remediar. Se habrá cumplido en su caso la obligación de transmitir la propiedad, pero todavía quedaban obligaciones por cumplir. Transmisión de la propiedad y del riesgo se presentan, como ya señalé, como cuestiones distintas: un cumplimiento y una ausencia de él.

Y borrado el espacio en el que entraba en aplicación la disciplina de la transmisión del riesgo por el binomio representado por el cumplimiento e incumplimiento de la obligación de entrega y la conformidad, de forma paralela procederá el análisis del cumplimiento

²⁴⁴³ TROPLONG, 1845, pp. 476-477.

²⁴⁴⁴ HUC, 1894, p. 146.

²⁴⁴⁵ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, pp. 159-164; ALONSO PÉREZ, 1972, p. 254, en nota a pie de página.

²⁴⁴⁶ RABEL, 1938, p. 551. Recuérdese lo ya explicado con relación al pago del precio, bien contra la entrega de los documentos, bien cuando el comprador se hace cargo de los bienes en destino.

e incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad; obligación de entrega y obligación de transmitir la propiedad que son distintas por mucho que se puedan cumplir al mismo tiempo y a pesar de que muchas de las facultades que integran el derecho de propiedad puedan ejercerse a través de la cosa entregada, como enseguida veremos, en casos en los que se duda si la transmisión de la propiedad ha tenido lugar o no. Sugerentes son las palabras de PUIG BRUTAU cuando señala que la transmisión de la propiedad «no es un fenómeno físico que deba producirse necesariamente al mismo tiempo para todos los efectos entre las partes y frente a terceros»; tal transmisión – explica el autor– no tiene por qué producirse de la manera más absoluta y en un momento unitario porque –prosigue en su argumentación– «la referencia al momento de adquirir la propiedad no alude a la transformación del comprador en propietario, sino que trata de englobar en una sola expresión las soluciones más adecuadas acerca de distintos problemas»²⁴⁴⁷. Y pretender dar solución a esta batería de problemas bajo un solo concepto –la transmisión de la propiedad– «sin duda –opina– es una pretensión demasiado ambiciosa»²⁴⁴⁸.

Por supuesto que con la referencia a la adquisición de la propiedad se quiere aludir a la transformación del comprador en propietario, aunque el autor indique lo contrario. Pero, sus palabras son indicativas de la plasticidad y cierta abstracción que presenta la expresión. Y ello conviene tenerlo en mente cuando se baraje el cumplimiento o

²⁴⁴⁷ PUIG BRUTAU, 1982, pp. 157-158. Entre estos problemas, el autor destaca: «a) Los derechos que en defensa de su interés asisten al vendedor, que ha entregado el objeto de la compraventa antes de haber cobrado el precio, y los que asisten al comprador que ha pagado el precio y no ha recibido la cosa comprada. b) La determinación de la parte afectada por la pérdida o desmerecimiento de la cosa en el tiempo que media entre la perfección y la consumación de la compraventa. c) Los derechos del que adquiere la cosa de quien ya la había enajenado a otro, en concurrencia con los derechos del primer adquirente; y d) Los derechos de los terceros, esto es, de los acreedores del vendedor y del comprador, a considerar que la cosa vendida pertenece al patrimonio del uno o del otro».

²⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 158. Señala el autor: «En todo caso, más importancia que sacar a ciegas consecuencias de la idea de que la propiedad se transmite para todos [los posibles problemas identificados] en un momento único, la tiene poder juzgar acerca de los resultados convenientes en cada caso particular».

incumplimiento de las obligaciones de entrega y de transmitir la propiedad. Porque, como ya he señalado, una cosa son los riesgos en el cumplimiento de la obligación de entrega y otra cosa los riesgos en el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad; noción de riesgo –reparto de riesgo– sobre la que operan las de cumplimiento e incumplimiento y no la clásica doctrina de la *transmisión* del riesgo.

La necesidad obliga a incidir en la diferencia entre ambas obligaciones a pesar de que –en muchas ocasiones, como acabo de decir– se cumplan en el mismo momento. Esto es evidente, por ejemplo, en los supuestos de entrega directa del bien objeto del contrato, en las que el comprador aprehende el bien, o en el supuesto del *constitutum possessorium* donde el vendedor que, hasta un determinado momento poseía como dueño, ahora posee en un concepto diferente. La entrega es, ante todo, un traspaso posesorio²⁴⁴⁹, a través del cual encauzar también la transmisión de la propiedad.

Pero habrá supuestos en los que el cumplimiento de ambas obligaciones no se produzca a la vez. No retomaré aquí la cuestión de si los modos de tradición recogidos en los arts. 1462 a 1464 Cc equivalen en todo caso al cumplimiento de la obligación de entrega²⁴⁵⁰ –cuestión que queda sujeta al contrato y su eventual integración– sino que destacaré el supuesto de la compraventa con expedición; compraventa con entrega indirecta mediante la puesta en poder del bien en el porteador.

Esta modalidad de cumplimiento de la obligación de entrega no es concebida como modo de transmisión de la propiedad ni, en realidad, como forma de transmisión de la posesión²⁴⁵¹. Es un cumplimiento de

²⁴⁴⁹ Díez-PICAZO, 2010, p. 89.

²⁴⁵⁰ Capítulo 1, III, 2, C).

²⁴⁵¹ Reflexiona RABEL, 1938, p. 551, teniendo en mente el supuesto de la expedición: «*Risk is customarily and reasonably attributed to the buyer as soon as the seller is no longer active in dispatching the goods, and that is the moment the draft [Proyecto UNIDROIT de 1935] calls delivery. Thus the often vexing problem of risk transfer is*

la obligación de entrega que, en sí mismo considerado, se muestra vacío para el comprador; quien, típicamente obtendrá la posesión y/o propiedad a través de los documentos. Y la desnudez de tal acto, junto a cuestiones ya explicadas como la gestión del transporte y su eventual impacto sobre la obligación de entrega, acaso podría justificar –como he indicado en su momento– que en este caso se siguiese hablando de transmisión del riesgo. Pero ello no es necesario, según he explicado, en atención a lo que garantiza el vendedor respecto a las obligaciones de entrega y conformidad.

De lege ferenda, y ante la procedente unificación del régimen civil y mercantil de la compraventa, el precepto que regulase la obligación de entrega debería reflejar sus modalidades de ejecución directa e indirecta anteriormente analizadas, mientras que cabría mantener en sede de la regulación de la posesión algunas de las modalidades de tradición previstas actualmente en los arts. 1462 a 1464 Cc²⁴⁵² pues, en su acepción más genuina, la tradición es ante todo traspaso posesorio que, según el caso, puede constituir o no mecanismo de adquisición de derecho real²⁴⁵³. El artículo regulador del cumplimiento de la obligación de entrega podría iniciar su regulación con una referencia a la transmisión de la posesión del bien al comprador²⁴⁵⁴, a modo de remisión a esas diversas formas de tradición, antes de aludir a las modalidades de entrega directa e indirecta²⁴⁵⁵.

extremely simplified, thanks to the purified concept of delivery: Risk does not pass with the title nor with the possession. It passes with the “delivery”.

²⁴⁵² MORALES MORENO, 2003, p. 1631; con alusión al art. 31 CVCIM.

²⁴⁵³ LACRUZ BERDEJO, 1957, p. 11: «En su acepción genuina, la tradición no es un fenómeno de transmisión de derechos, sino un cambio posesorio, que puede llevar consigo un cambio real, y puede no llevarlo». DíEZ-PICAZO, 2008b, pp. 705-706: «la tradición es traspaso posesorio, con independencia de los efectos de uno u otro orden que pueda llegar a producir» (p. 706).

²⁴⁵⁴ Recuérdesse la redundancia atribuida a las expresiones «poder y posesión» del art. 1462 Cc. ALBALADEJO GARCÍA, 1947, pp. 476-479.

²⁴⁵⁵ Nótese que, en otros textos, esas diversas modalidades de tradición han sido reguladas en sede de adquisición de derechos reales. Cfr. arts. 531-4 y 531-5 CCCat y arts. 412-1 a 412-4 PAPDC.

La compraventa con expedición es un mero ejemplo, aunque no de poca trascendencia, de la necesidad de tener presente la diferencia entre entrega y propiedad; riesgos de una y otra obligación. Pero acaso un supuesto que permite tanto visualizar la diferencia entre el cumplimiento de estas dos obligaciones como evaluar su contenido y que aquí merece particular referencia es el de la compraventa con pacto de reserva de dominio; caso al que se ha concedido particular atención en sede de estudio de la transmisión del riesgo en la compraventa.

Ya hemos visto que, en Derecho francés, una estricta aplicación de la regla *res perit domino* en este supuesto vendría a alterar la propia esencia de la disciplina de la transmisión del riesgo al hacer pechar este riesgo al vendedor, tras la entrega de la cosa al comprador²⁴⁵⁶; lo cual en realidad viene a significar permitir *remediar* al comprador por obligaciones que *han sido cumplidas y no incumplidas*: la entrega de la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato («*au moment de la vente*», apela el art. 1614.1 *Code*). La doctrina muestra su extrañeza: qué sentido tiene aplicar aquí la regla *res perit domino* cuando el vendedor conserva «*une propriété virtuelle ou paralysée*» de la que no puede disfrutar ni disponer²⁴⁵⁷. DUBARRY, consciente de las cláusulas –casi devenidas de estilo– que disocian la transmisión del riesgo y la propiedad en caso de compraventa con reserva de la propiedad, se ve interpelado a cuestionarse el fundamento de la regla *res perit domino*; a revisarlo²⁴⁵⁸. El autor apuesta por entender –recuerdo brevemente lo ya explicado– que tal regla es válida como punto de partida en la medida en la medida en que con ella se atribuya el riesgo a quien tiene la facultad de obtener

²⁴⁵⁶ Capítulo 2, II, 2, B), ii).

²⁴⁵⁷ BONHOMME, 2004, p. 76; quien señala: el vendedor «*s'interdit généralement d'en profiter: il n'utilise pas la chose vendue sous réserve de propriété car il l'a livrée à son acheteur (usus?); il n'en perçoit pas les fruits car c'est son acheteur, lui-même commerçant ou industriel, qui va tirer bénéfice de son exploitation dans le cadre de son activité professionnelle (fructus?) et, enfin, n'en peut disposer car en tant que vendeur s'est rendu débiteur d'une garantie d'éviction de son fait personnel (abusus?)*».

²⁴⁵⁸ DUBARRY, 2014, pp. 224-225.

las utilidades económicas de la cosa en virtud del contrato. Y en el supuesto que ahora interesa, la utilidad económica sobre la cosa ha sido transmitida –en expresión de su soberanía sobre la cosa y a través del contrato– por el propietario a otra persona; *prerrogativa* que en efecto corresponde al propietario pero que ha sido transferida a otra persona y disociada de la propiedad que el vendedor conserva en una muestra de su utilización como garantía del precio²⁴⁵⁹.

Son reflexiones que DUBARRY incardina en un discurso que apela a superar la diferencia del tratamiento «de la cuestión del riesgo» entre contratos traslativos y no traslativos porque es una cuestión unitaria que ha de responder a naturaleza sinalagmática de los contratos; *a la reciprocidad de las obligaciones*²⁴⁶⁰. Y tal reciprocidad habría sido satisfecha en la compraventa con cláusula de reserva de la propiedad.

Nótese que, desde la perspectiva de la regulación de la transmisión del riesgo en Derecho español, la regla –aunque muy cuestionada– no habría de causar particular problema en lo que respecta a la compraventa con pacto de reserva de dominio. Apunto muy brevemente las reflexiones de ALONSO PÉREZ al respecto cuando compara esta compraventa en la que el bien ya ha sido entregado con el art. 1452 Cc. Como dice el autor, este último precepto ya atribuye por mucho menos el riesgo al comprador siguiendo la regla *periculum est emptoris*. Si el comprador «por la tradición posesoria, usa goza y hasta abusa de la cosa sin que haya abonado el precio en su totalidad, parece normal que soporte el *periculum*. [...] La venta con reserva de dominio, concluyo, es una venta perfecta y realizable desde su conclusión. Tiende, como toda compraventa, a transmitir la propiedad –al menos en última instancia– y así lo desea el vendedor, cuya única apetencia es cobrar el precio, en ningún caso retener la titularidad dominical»²⁴⁶¹.

²⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 230-231.

²⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 228.

²⁴⁶¹ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 373. Lo dicho son unas pocas notas de un mayor análisis (pp. 363-374).

No retomaré aquí el abordaje de la regla *periculum est emptoris*, ni precisión o apunte alguno haré sobre las palabras del profesor de Salamanca. He de situarme en esa apuesta que he hecho en el presente estudio por su superación de la mecánica de la transmisión del riesgo; he de tener en mente ese interesante esfuerzo de DUBARRY de releer la máxima *res perit domino* con base en criterios de reciprocidad contractual con la que trata de superar la diferencia entre los contratos traslativos y no traslativos porque, en realidad, *es un directo cuestionamiento a la especialidad de la compraventa en esta materia* que en el fondo, aunque sí en la forma, no dista mucho de mi planteamiento en esta segunda parte de mi investigación; y he de tener presente cómo el autor aplica sus razonamientos a la compraventa con cláusula de reserva de dominio.

Porque si yo digo que no es precisa la disciplina de la transmisión del riesgo por pérdida y deterioros fortuitos si se permite al comprador remediar el incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad cuando la función de dicha disciplina era no permitirlo en ciertos casos, nos encontramos con que el Derecho alemán establece en el § 446 BGB una norma de transmisión del riesgo en el momento de la entrega que se ha juzgado en particular necesaria para los casos en que se ha pactado una reserva de la propiedad.

En la medida en que el § 433(1) BGB²⁴⁶² recoge entre las obligaciones del vendedor la de transmitir la propiedad, se subraya que el § 446 BGB²⁴⁶³ cobra todo su sentido en los supuestos de compraventa con

²⁴⁶² § 433 BGB:

«Typical contractual duties in a purchase agreement. (1) By a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership of the thing for the buyer free from material and legal defects».

«Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen».

²⁴⁶³ § 446 BGB:

cláusula de reserva de dominio²⁴⁶⁴ para establecer la *transmisión del riesgo* por pérdida o deterioro en el momento de la entrega; entrega entendida no solo como la material, sino que se admiten otras modalidades de traspaso posesorio realizadas conforme al contrato²⁴⁶⁵. Expuesto de forma muy resumida, la presente disposición evitaría una rígida aplicación del § 326(1) 1 BGB²⁴⁶⁶ (cfr. antiguo § 323 BGB) que, pensado para los contratos bilaterales en caso de que el deudor no pudiese cumplir el contrato según lo dispuesto en el § 275 BGB²⁴⁶⁷, no tendría derecho a reclamar la contraprestación prevista²⁴⁶⁸ o, en su caso, procedería una reducción del precio. En efecto, dado que en el

«Passing of risk and of charges.

The risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the buyer upon delivery of the thing sold. From the time of delivery the emoluments of the thing accrue to the buyer and he bears the charges on it. If the buyer is in default of acceptance of delivery, this is equivalent to delivery».

«Gefahr- und Lastenübergang.

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist».

²⁴⁶⁴ LARENZ, 1959, p. 107; ENNECCERUS, 1966, p. 53; MEDICUS, 1995, p. 397; SPELLENBERG, 2009, p. 124; SCHAUB, 2020, pp. 788-789.

²⁴⁶⁵ EISSER, 1955, p. 523; LARENZ, 1959, p. 107; ENNECCERUS, 1966, p. 53; DUBARRY, 2014, p. 227.

²⁴⁶⁶ § 326(1) 1 BGB:

«Release from consideration and revocation where the duty of performance is excluded.

(1) If, under section 275 (1) to (3), the obligor is not obliged to perform, there is no entitlement to consideration; in the case of part performance, section 441 (3) applies with the necessary modifications».

«Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht
(1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 [reducción del precio] entsprechende Anwendung».

[reducción del precio] applies with the necessary modifications».

²⁴⁶⁷ Aquí solo transcribo el § 275(1) BGB:

«Exclusion of the duty of performance.

(1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person».

«Ausschluss der Leistungspflicht.

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist».

²⁴⁶⁸ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, p. 410, exponen: «The rationale is this: it would not be fair to shift the risk of impediments to performance to the creditor if he is not responsible for the impediment. In such a case, the debtor does not need to perform and the creditor does not need to pay the price either».

supuesto que ahora estamos contemplando el vendedor no ha cumplido su obligación de transmitir la propiedad del bien a pesar de la entrega, y prestándose particular atención al caso de pérdida fortuita posterior, se entiende que el § 446 BGB evita la consecuencia prevista en el § 326(1) 1 BGB²⁴⁶⁹.

Entre las muchas maneras con las que se ha querido explicar la relación entre ambas disposiciones, hay quien ha reflexionado que, en virtud del § 446 BGB, la conexión de las prestaciones de ambas partes, característica del contrato sinalagmático, se extingue ya *antes del total cumplimiento* de las obligaciones del vendedor. Con la «transmisión del riesgo», dice EISSER, «la pretensión del vendedor al precio *se independiza de la relación de reciprocidad de las prestaciones*»²⁴⁷⁰; argumentación que nos resulta de sobra conocida en el ámbito del estudio de la regla romana *periculum est emptoris*²⁴⁷¹ y que ha servido a ALONSO PÉREZ para cargar contra quienes –siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER– tanto critican el art. 1452 Cc y consideran la solución alemana preferible, cuando, al entender del de Salamanca, «en ambos sistemas el riesgo *se interpone a la plena realización del sinalagma*, obstaculiza el cumplimiento del deber de prestar que incumbe al vendedor y, en los dos, queda liberado *sin llegar a satisfacer el interés del comprador*»²⁴⁷². Remárquese que se trata de una lectura opuesta a la de DUBARRY en el ámbito del

²⁴⁶⁹ Para EISSER, 1955, p. 531; LARENZ, 1959, p. 105; ENNECCERUS, 1966, p. 52, el § 446 BGB viene a alterar el antiguo § 323 BGB [actual § 326(1) 1 BGB]. MEDICUS, 1995, p. 397, indica que el § 446 BGB evita la inicua consecuencia a la que conduciría el antiguo § 323 BGB, actual § 326(1) 1 BGB. SCHAUB, 2020, p. indica que aquella norma es una excepción de esta.

²⁴⁷⁰ EISSER, 1955, p. 531. La cursiva es añadida.

²⁴⁷¹ Capítulo 1, II, 1, A).

²⁴⁷² ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 397-398. La cursiva es añadida. Opina el autor: «lo verdaderamente curioso es que el § 446 modifica el § 323 BGB [actual § 326 BGB]. Es decir, la imputación del riesgo al comprador con la entrega impide el funcionamiento del sinalagma según la doctrina de los §§ 320 y ss. del BGB. Algo similar a lo que ocurre en el Derecho español cuando se afirma que el art. 1452 C. c. no da la lugar a que se aplica [sic] la resolución ex art. 1124 en la hipótesis de “daño de la cosa vendida”. Sistemas, el alemán y el español, apoyados en distintos criterios de transmisión del riesgo, se muerden la cola en idéntico punto».

Derecho francés. Desde otra perspectiva, se explica que la cosa ha salido de la esfera de influencia del vendedor y que sería injusto hacerle pechar con las consecuencias de su pérdida que ha tenido lugar en la esfera del comprador, quien pudo protegerse mediante la contratación de un seguro o acaso evitarla²⁴⁷³; argumento este último que ha sido criticado en la medida en que, por definición, en estas materia se está tratando precisamente los eventos que no se pueden evitar²⁴⁷⁴. Y ya, en fin, también se considera que se ha verificado el resultado económico al que se aspiraba con el contrato²⁴⁷⁵; el comprador en posesión y con derecho a usar el bien ha obtenido la esencia de lo que le era debido y, en consecuencia, ha de soportar el riesgo aunque el resto, el título de propiedad, falte²⁴⁷⁶.

No es mi objetivo ir más allá de las notas expuestas en lo que concierne al Derecho alemán, sino someter a escrutinio la orientación por la que he optado en esta segunda parte de mi investigación; cuestionarme si he errado y expuesto al vendedor a inaceptables inconvenientes. Porque si yo he mantenido hasta ahora que las normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa no son necesarias dado que, en los planteamientos actuales, ya no se impide remediar al comprador por el incumplimiento de la obligación de entrega y la conformidad, el ordenamiento jurídico alemán parece advertirnos de lo contrario: que son normas necesarias cuando la transmisión de la propiedad no tiene lugar en el momento de la entrega, con el ejemplo paradigmático de la compraventa con reserva de la propiedad y sin olvidar el supuesto de la expedición²⁴⁷⁷; que no es posible prescindir de tales normas en una eventual reforma del ordenamiento jurídico

²⁴⁷³ LARENZ, 1959, p. 106.

²⁴⁷⁴ SPELLENBERG, 2009, p. 124; DUBARRY, 2014, p. 228.

²⁴⁷⁵ LARENZ, 1959, p. 106.

²⁴⁷⁶ SPELLENBERG, 2009, p. 124. Con esta orientación DUBARRY, 2014, pp. 228 y ss., hace la relectura del aforismo *res perit domino* en torno a la atribución económica de la cosa al comprador.

²⁴⁷⁷ Recuerdese las indicaciones ya realizadas con relación al § 447 BGB. Capítulo 4, II, 2, A).

español como de forma evidente vendrían a mostrar todos los textos hasta ahora analizados y que yo me he atrevido a cuestionar.

En primer lugar, la regulación de la transmisión del riesgo sería necesaria porque vendría a suponer un reconocimiento de que se impide al comprador remediar *ante el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad*; habría en efecto una transmisión del riesgo –valga la redundancia– de la transmisión de la propiedad. En segundo lugar, y lo que se mostraría como mucho más grave para el vendedor, la regulación de la transmisión del riesgo sería imprescindible en la compraventa porque *parece* que, sin tal disposición, y en la medida en que el vendedor no ha transmitido la propiedad, el no cumplir *con la totalidad* de sus prestaciones impediría la «transmisión del riesgo por pérdida o deterioro». Es como si, en realidad, se le dejase expuesto ante el ejercicio de los remedios por parte del comprador²⁴⁷⁸ ante pérdidas y deterioros cuando en realidad ya no solo ha entregado, sino posiblemente entregado la cosa conforme; como si se estuviese abriendo un camino para hacerle responder más allá de lo debido; como si esa transmisión de la propiedad,alzada como aspecto inmanente a la compraventa y *desideratum* último que justifica en todo caso la celebración del contrato por parte del comprador, adquiriese tal fuerza centrípeta que sin ella todo otro posible cumplimiento previo quedaría vacío de contenido; como decir que no habría transmisión del riesgo hasta que *acumulativamente* se hubiese cumplido tanto la entrega como la transmisión de la propiedad²⁴⁷⁹. En

²⁴⁷⁸ No así a la pretensión del cumplimiento porque el riesgo *de la prestación* ya habría pasado al comprador. Recuérdese, en particular, lo dicho respecto al § 243 BGB y las obligaciones genéricas.

²⁴⁷⁹ *Vid.* en este sentido los interesantes apuntes de DINCA, 2020, pp. 116-117, sobre el nuevo Código civil rumano de 2011. De forma muy breve, explica el autor que la concepción tradicional del Derecho rumano era la de considerar que la imposibilidad de cumplir con la obligación de entrega era irrelevante en el contrato traslativo una vez transmitida la propiedad. Únicamente la imposibilidad fortuita de transmitir la propiedad conducía a «la extinción de pleno derecho del contrato –dice el autor– incluido el derecho a solicitar la contraprestación». Se trataba de aplicar la máxima *res perit domino*. Pero desde el 2011, la imposibilidad fortuita de entregar causada por la pérdida de la cosa se convierte también en un evento capaz de determinar la extinción del contrato y el derecho de la contraprestación incluso si la propiedad ya ha sido transferida. Concluye el autor que para la transmisión del

definitiva, sería como apelar a la más absoluta satisfacción del comprador, esa *propriété parfaite* francesa²⁴⁸⁰, para admitir en todo caso la liberación del vendedor y su derecho a la contraprestación.

Pero tengo para mí que las anteriores son impresiones falsas; que no son consecuencias que se siguen de mi planteamiento, el prescindir de las denominadas normas de transmisión del riesgo, porque –me reafirmo– son normas prescindibles y una eventual reforma de la regulación de la compraventa en el Código civil español podría dejarlas atrás.

Si bien es difícil sustraerse de la cuestión, no entraré aquí sobre la naturaleza jurídica de la compraventa con cláusula de reserva de dominio (derecho real de garantía, condición resolutoria, condición suspensiva)²⁴⁸¹. Pero esta modalidad de compraventa me valdrá de excusa para realizar unas pocas reflexiones que refuten las anteriores dudas. Antes de nada, habré de remarcar, aunque parezca una perogrullada, que la compraventa con cláusula de reserva de dominio es una situación resultante del contrato. Son las partes las que han sopesado sus intereses y diseñado el contrato para satisfacerlos.

Por un lado, el vendedor accede a entregar una cosa conforme al contrato y le satisface recibir el pago posteriormente, de una vez o en los plazos que sean, mientras que el comprador accede a la cláusula de reserva de dominio y le satisface el estado posesorio obtenido y a través del cual ejercita facultades de aprovechamiento y disfrute *que en realidad son facultades que pertenecen al derecho de propiedad*. Bien orientando está el pensamiento de DUBARRY.

He de acercarme a la noción de derecho de propiedad y, por supuesto, lo que diré sobre él no serán más que notas superficiales pero

riesgo al comprador es preciso «acumulativamente» que tenga lugar la transmisión de la propiedad y el cumplimiento de la obligación de entrega.

²⁴⁸⁰ Capítulo 2, II, 1.

²⁴⁸¹ Me remito al estudio de RODRÍGUEZ-ROSADO, 2021, pp. 493 y ss.

suficientes a lo que aquí interesa. Dirigiremos nuestra mirada al art. 348 Cc²⁴⁸² y su apelación a la propiedad como «el derecho a gozar y disponer de una cosa»; fórmula sintetizadora de la lista de las antiguas facultades con las que se caracterizaba este derecho²⁴⁸³ y que no se considera una verdadera definición de este. Pues hay una perspectiva más abstracta, más filosófica, en la que la esencia de este derecho refleja una razón de pertenencia, decisión y sometimiento del titular. Y así se ha dicho que el derecho de propiedad es un poder confiado a una persona sobre un bien que, perteneciéndole de esa manera, está sujeto a su voluntad de decisión dentro del orden jurídico (ámbito de lo lícito); poder de actuación que se manifiesta a través de las denominadas *posibilidades de actuación*: las distintas *facultades* con las que el sujeto satisface o podría satisfacer sus necesidades de carácter económico²⁴⁸⁴ y que, por tanto, tienen una función de aprovechamiento material; facultades, según se ha dicho «a las que provee *la savia y la fuerza vital* del propio poder»²⁴⁸⁵. No es posible determinar *a priori* cuáles son estas facultades del titular del derecho, de forma que este poder de actuar se determina desde el punto de vista negativo señalando que la propiedad es *en principio* un señorío absoluto sobre el bien que permite ejecutar toda clase de actos encaminados a obtener el aprovechamiento querido²⁴⁸⁶. Lo importante para describir el señorío no es pues la enumeración de las facultades, *pues puede faltar alguna* y seguir el dominio, sino señalar su amplitud

²⁴⁸² Art. 348 Cc: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes./ El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo».

²⁴⁸³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, p. 192.

²⁴⁸⁴ Recuérdese el apunte de DUBARRY al respecto.

²⁴⁸⁵ Sigo a VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, pp. 1034-1040. La cursiva es añadida. Opina PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, p. 192, que se podría definir la propiedad «como el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre una cosa»; ámbito de poder, de arbitrio, concedido a la persona y para que sirva a sus fines dentro de la comunidad. Destaca Díez-PICAZO, 2012, p. 34, que en el concepto de propiedad se encuentra ante todo la idea de «señorío»; una potestad que se demanda sobre una cosa. Y señorío significa apropiación, esto es, atribución de la titularidad y del monopolio de explotación.

²⁴⁸⁶ VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, pp. 1040-1041.

y que es un derecho caracterizado por ser abstracto y elástico²⁴⁸⁷; esto es, que puede coexistir con modificaciones. Su abstracción apela a que es más que una suma de facultades concretas y que tiene una existencia independiente de las vicisitudes de las facultades –pues, como se acaba de señalar, pueda faltar alguna facultad y seguir el dominio– y su elasticidad se refiere, en consecuencia, a que es tendencialmente ilimitado y que se comprime o expande en función de la creación o extinción de derechos limitativos del dominio o de la privación o concesión de determinadas facultades que ordinariamente lo componen²⁴⁸⁸.

Y el caso es que el comprador bajo cláusula de reserva de dominio se aprovecha de toda esa savia y vida que emana del derecho de propiedad; del potencial o actual *ejercicio de las facultades* que son contenido²⁴⁸⁹ de este derecho.

Es así que, por otro lado, el comprador garantiza el pago del precio en su momento y el vendedor garantiza la transmisión de la titularidad en tal momento, si es que no se considera que ya ha sido transmitida y, por ejemplo, se concibe la reserva de dominio como derecho real de garantía²⁴⁹⁰. Y en la medida en que el comprador ha obtenido las facultades de aprovechamiento, la relevancia que aquí pueda tener esta discusión –insisto, no me adentro en el análisis de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio– parece encaminada a valorar el posible ejercicio de la facultad de disposición entendida como facultad de enajenación del derecho de propiedad²⁴⁹¹. Porque tal

²⁴⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, p. 213.

²⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 193-194; Díez-PICAZO, 2012, p. 35.

²⁴⁸⁹ VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, p. 1043.

²⁴⁹⁰ De referencia, *vid.* el estudio de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971, pp. 43 y ss., sobre la construcción de la reserva de dominio como un derecho de prenda sin desplazamiento de la posesión o hipoteca mobiliaria. También con un análisis sobre las implicaciones de tal construcción en materia de transmisión del riesgo en la compraventa (pp. 103-109).

²⁴⁹¹ Explica VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, p. 1029, que, en principio, «la disposición como la enajenación implican la salida de un patrimonio de alguna posibilidad de disfrute que crea en poder de otra persona un derecho protector de un interés de conservación». Pero el autor precisa más adelante: cabe admitir que «es acto dispositivo aquel por el cual salen del

facultad en realidad no es *contenido* del derecho –a diferencia de las de aprovechamiento– sino que es *accesoria a la titularidad* del derecho de propiedad²⁴⁹² y, en realidad, a la titularidad de cualquier derecho²⁴⁹³. Pero hay que tener en cuenta que, de la misma forma que se acaba de reflexionar respecto de las facultades de aprovechamiento, que puede faltar algunas y existir el dominio, también se dice que el derecho de propiedad puede entrar en el patrimonio del adquirente como indisponible (prohibiciones de disponer, por ejemplo) y no por ello faltar el derecho de propiedad²⁴⁹⁴. Con carácter general, la facultad de disponer depende de tres aspectos: la titularidad sobre un derecho, la aptitud objetiva del derecho que permita que de él se disponga y la capacidad para disponer de la persona titular²⁴⁹⁵; cuestión que queda sujeta a los actuales desarrollos en torno a la

patrimonio a que pertenece un derecho o unas posibilidades de disfrute que vienen a constituir un nuevo derecho en cabeza de otra persona. En cambio, no debe hablarse técnicamente de enajenación sino cuando con referencia a un derecho *ya existente* en un patrimonio se produzca su salida del mismo y su integración en un patrimonio diverso» (pp. 1031-1032). La cursiva es del autor. Apunta Díez-PICAZO, 2012, p. 39, que dentro de las genéricas facultades de disposición «se encuentra la facultad de enajenar o transmitir a un tercero los bienes con los derechos consiguientes, y la facultad de realizar actos de gravamen constituyendo separadamente derechos menores que queden atribuidos a otras personas».

²⁴⁹² En este sentido, VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, pp. 1041-1049. Subraya el autor: «cuando disponemos de un derecho no ejercitamos un poder incluido en ese derecho. Lo transmitido –repito– no puede ser al mismo tiempo lo que transmite». Concluye: «quien enajena la propiedad de una cosa no transfiere con ello la facultad de disponer, por el contrato, la potestad de disponer queda en él, y el adquirente pone en servicio, respecto a este derecho, su facultad de disponer». (pp. 1048-1049). La cursiva es del autor.

²⁴⁹³ *Ibidem*, p. 1049: «la facultad de disponer, ni es interna ni tampoco privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. La facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquélla por la que se dispone de un derecho total de propiedad: todas tienen un denominados común». Insiste más adelante: «El poder o facultad de disponer no es privativo del derecho total de propiedad, sino que es un reflejo de la libertad y capacidad general de ceder los derechos. Es una facultad única en esencia y común a todas las titularidades, excepto cuando por razón del sujeto [sic, ya no: ténganse en cuenta los desarrollos actuales en torno a la capacidad jurídica] o del derecho subjetivo, permanece ausente de determinadas situaciones jurídicas» (p. 1050).

²⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 1052-1054, con relación a todo derecho adquirido en general. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, pp. 193 y 213; Díez-PICAZO, 2012, p. 39, con relación al derecho de propiedad en particular.

²⁴⁹⁵ VILLAVICENCIO ARÉVALO, 1950, p. 1054.

capacidad jurídica que corresponde a toda persona y, en su caso, a ejercer con los apoyos que quiera.

Y todo lo que se acaba de decir, que acaso parece un *excursus* excesivo, creo permite alejar las dudas sobre la insatisfacción del comprador bajo cláusula de reserva de dominio. Se podrá entender que el comprador *no es titular* del derecho dominio, y no podrá disponer de él, pero sí está disfrutando o puede disfrutar de su *contenido* mediante el ejercicio de sus facultades y obtener el aprovechamiento económico. Se podrá entender que el comprador *es titular* del derecho de cuyo *contenido* está disfrutando; titularidad y contenido que esa reserva de dominio, si se concibe como derecho real de garantía, en cierta medida merma: merma por falta de atractivo las posibilidades de disponer de la titularidad del derecho ante su contenido también mermado. Pero lo importante es tener presente que son las propias partes quienes han creado la situación de la reserva de dominio; situación en la que, por un lado, al vendedor le satisface el posterior pago y al comprador la entrega del bien conforme y su aprovechamiento (*ejercicio actual o potencial de las facultades del derecho de propiedad*) y, por otro, el vendedor garantiza la entrega del bien conforme y su aprovechamiento (*ejercicio actual o potencial de las facultades del derecho de propiedad*) y el comprador el posterior pago. Tiene mucha razón PUIG BRUTAU cuando señala que la transmisión de la propiedad no se produce necesariamente al mismo tiempo para todos los efectos entre las partes y frente a terceros.

Porque lo que el vendedor no garantiza, de entenderse que no se ha producido la transmisión de la titularidad del bien en el sentido más estricto de la expresión, es que la «pérdida fortuita de la cosa» una vez cumplida la entrega que impida obtener la titularidad de dicha cosa constituya incumplimiento alguno por mucho de que, a la postre, el comprador tuviese la expectativa de adquirir la titularidad. Pero los riesgos de ese período transitorio que se ha querido construir bajo la reserva de dominio fueron así *repartidos* y pensar otra cosa no es razonable. El vendedor ni asume el riesgo de pérdida y deterioro fortuitos, porque ya ha entregado la cosa conforme, ni asume el riesgo

de la falta de adquisición de la titularidad consecuencia de dicha pérdida y, en consecuencia, no responde. La falta de titularidad no ha privado al comprador del contenido del derecho de propiedad, y si con la titularidad uno quiere pensar en la posibilidad –acaso irrenunciable y de ausencia inimaginable– de disponer del derecho, se acaba de ver que teóricamente tampoco es una facultad que necesariamente haya de existir.

No es que, como se ha dicho en los anteriores párrafos, el comprador haya obtenido *lo esencial de lo que tenía derecho que obtener*, sino que, desde la perspectiva del contrato, ha obtenido *todo* lo que tenía derecho a obtener en esa fase transitoria. El contrato prosigue: el comprador habrá de pagar el precio en el tiempo acordado y si, con ocasión de esa cláusula de reserva de dominio el vendedor ha conservado alguna prerrogativa habrá de cederla al comprador. En la situación descrita, como venía a decir DUBARRY, hay plena reciprocidad y no hay incumplimiento alguno.

Lo mismo se puede decir respecto al cumplimiento de la entrega con la puesta en poder del primer transportista. Se podrá haber cumplido la entrega y la conformidad. Y si el transporte colapsa, el contrato prosigue: el comprador habrá de pagar el precio, típicamente, contra la entrega de los documentos; obligación de entrega que todavía puede quedar incumplida, como quedaría incumplida, en todo caso, la obligación de instalación en destino si la ha asumido el vendedor. Casos para los cuales el comprador podrá recurrir a los remedios.

Como dije en su momento hay que trocear el contrato; tener presente cuáles son los riesgos correspondientes a cada concreta prestación individualmente considerada –la entrega del bien, la conformidad, la entrega de los documentos, la instalación del bien, la transmisión de la propiedad–, a qué se compromete el vendedor, contemplar que estas obligaciones pueden ir cumpliéndose en momentos diferentes o de una sola vez y evaluar cuál es la repercusión del incumplimiento de cada una de ellas respecto del contrato en su conjunto y con relación a prestaciones que ya han podido ser ya cumplidas.

Y esa idea de que sin una norma sobre transmisión del riesgo por pérdida o deterioro sometemos al vendedor a las fatalidades antes descritas en caso de que exista una cláusula de reserva de dominio, *o incluso si el vendedor incumple sus obligaciones relativas a la transmisión propiedad*, creo que queda rebatida si tenemos presente, conforme a lo explicado hasta ahora, el contenido de esta prestación del vendedor.

A través de la obligación de transmitir la propiedad, se tutela la transmisión de la *titularidad* del derecho, el *ejercicio* actual o eventual de las facultades que contiene y permiten disfrutar del bien – facultades determinadas por el contrato o, en su caso, vía de interpretación con base en parámetros de razonabilidad y confianza– y la *no perturbación* eventual o actual de tal ejercicio. Estos son los riesgos de la obligación de transmitir la propiedad que las partes pueden modular en el contrato, repartirlos según sus intereses, y determinar que es cumplir e incumplir.

Por eso, como ya adelanté en su momento²⁴⁹⁶, me resulta difícil de compartir el criterio de ALONSO PÉREZ para la compraventa de cosa ajena y según el cual, después de la entrega, el riesgo lo soporta el vendedor, aun de buena fe²⁴⁹⁷. Esto no es posible, porque la clásica disciplina de la transmisión del riesgo opera antes de la entrega, esta disciplina ahora queda absorbida por la evaluación del cumplimiento e incumplimiento de la obligación de entrega y conformidad y el problema al que alude el autor ha de ventilarse por el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad; obligación esta que el profesor de Salamanca no llega a admitir en sus reflexiones, aunque casi la roza. Y considerando insuficientes otros medios de defensa que podría tener el comprador frente a la reivindicación del tercero propietario²⁴⁹⁸, ventila el supuesto apostando por la *no* transmisión del

²⁴⁹⁶ Capítulo 1, II, 3, D).

²⁴⁹⁷ ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 344-345.

²⁴⁹⁸ Cita el art. 464 Cc, si el comprador adquiere la posesión del bien mueble de buena fe; la posibilidad de usucapión si ignoraba que la cosa no era propiedad del vendedor o creía de

riesgo. Desde la perspectiva actual, parte del contrato se ha cumplido y otra parte no y son los remedios los que han de proveer respuesta a tal situación.

Dice el art. 30 CVCIM que el vendedor está obligado a transmitir la propiedad y el art. 41 CVCIM señala que el vendedor «deberá *entregar* las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones»²⁴⁹⁹. Con razón se ha dicho que este segundo precepto es un desarrollo del anterior cuando establece la obligación de transmitir la propiedad²⁵⁰⁰; obligación estricta –según se describe correctamente– de producir *el resultado* de la adquisición de la propiedad por parte del comprador²⁵⁰¹. Y en un sistema como el nuestro que contempla la transmisión como un fenómeno bilateral que requiere la cooperación del comprador, pues de la misma forma que se ha dicho con relación a la falta de cooperación en el cumplimiento de la obligación de entrega directa, la falta de tal cooperación habrá de encauzarse a través de la regulación del incumplimiento.

No es preciso que me adentre sobre la cuestión de que las divergencias existentes entre los diferentes sistemas de transmisión del dominio condujeron a renunciar a la búsqueda de uniformidad sobre esta

buena fe que éste era dueño y podía transmitirle el dominio (arts. 433 y 1950 Cc); o la garantía de evicción (arts. 1475 y ss. Cc).

²⁴⁹⁹ Cursiva añadida.

²⁵⁰⁰ MIGUEL GONZÁLEZ, 1997 (2006), p. 356; quien señala que el precepto engloba naturalmente la obligación de transmitir la propiedad de las mercaderías, pero va más allá. Primero, porque el vendedor debe transmitir la propiedad libre de otros derechos de terceros y, segundo, porque también debe entregar las mercaderías libres de pretensiones de terceros. La acumulación de estas obligaciones, subraya el autor, es una peculiaridad de la Convención.

²⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 357; quien señala: «la obligación del vendedor quede incumplida si este resultado no se produce con independencia de la culpa del vendedor y de su previo conocimiento del derecho o pretensión del tercero [...] La aplicación del artículo 79 a los vicios jurídicos será rara».

materia [cfr. art. 4.b) CVCIM]²⁵⁰². Tal inconveniente, según se suele apuntar, es atenuado por el hecho de que la Convención regula la transmisión del riesgo (arts. 66 y ss.), la conservación de las mercaderías (arts. 85 y ss.)²⁵⁰³ y —añadiría yo— la regulación de la pago del precio contra la entrega de los documentos (arts. 57 y 58). Tampoco habré de entrar a valorar el supuesto de cuáles son, según el art. 41 CVCIM, los derechos y pretensiones que acepta el comprador²⁵⁰⁴. Y, finalmente, tampoco abordaré la amplísima protección que se concede al comprador al hacer responsable al vendedor no solo por la existencia de derechos de terceros *aunque no se hagan valer* sino también por pretensiones de terceros *que se hagan valer*²⁵⁰⁵ incluso infundadas²⁵⁰⁶; fuerte protección del comprador²⁵⁰⁷ que parece haberse considerado excesiva en la medida en que algunos textos que siguen la Convención han optado —opción razonable en mi

²⁵⁰² Dan cuenta de esta renuncia desde el inicio de los intentos por diseñar una regulación internacional uniforme de la compraventa, RABEL, 1938, p. 551; BARRERA GRAF, 1965, pp. 70 y ss.

²⁵⁰³ AUDIT, 1990, p. 34; ROJO AJURIA, 1997 (2006), p. 86.

²⁵⁰⁴ FLECHTNER, 2009, p. 389, señala que esta «excepción» a la obligación del vendedor que prevé el art. 41 CVCIM debe ser aplicada con cuidado para evitar socavar lo que normalmente es la expectativa más fundamental del comprador en un contrato de compraventa, cual es recibir «*clean ownership of the goods*».

²⁵⁰⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, 1997 (2006), p. 370.

²⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 358; SCHWENZER, 2010, p. 652.

²⁵⁰⁷ Explica MIQUEL GONZÁLEZ, 1997 (2006), p. 359: «el comprador tiene diversas acciones contra el vendedor simplemente por no haber adquirido las mercaderías libres de derechos de terceros (propiedad u otros derechos) sin necesidad de esperar una reclamación de éstos, y también tiene diversas acciones contra el vendedor por las reclamaciones de los terceros aunque sean infundadas, es decir, aunque los terceros no tenga ningún derecho sobre las mercaderías. Se suman así do sistemas diversos, que protegen diferentes intereses del comprador. Por una parte, será el problema desde la óptica de los inconvenientes que al comprador suscita la simple existencia de derechos de los terceros; desde este punto de vista se protege el interés del comprador en una propiedad plena y libre de derechos ajenos, en cuanto presupuesto de su completa seguridad en el ejercicio de los poderes que la propiedad confiere a su titular. El comprador ve lesionado este interés aunque nadie le reclame las mercaderías. Desde otra óptica, se ven los inconvenientes que suscitan al comprador las reclamaciones de los terceros aunque sean infundadas; se protege aquí el interés del comprador en una posesión pacífica, sobre todo en cuanto libre de reclamaciones, lo está también de gastos, incertidumbres y pérdidas de tiempo. La idea básica, desde esta perspectiva, la expresa muy bien Honnold cuando dice que se protege la normal expectativa de un comprador y no estar adquiriendo un pleito» (cfr. HONNOLD, 2009, p. 386).

opinión— por retocarla y reducirla en cuanto a lo que se refiere a la responsabilidad del vendedor por las pretensiones de terceros²⁵⁰⁸.

Brevemente, acaso sea de interés reparar en que el art. 41 CVCIM apela a la *entrega* de mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de tercero; referencia a la entrega de la que se ha deducido con consenso que tales derechos o pretensiones han de tener su raíz en circunstancias anteriores a la entrega en la medida en que se considera que la entrega —entiéndase, el cumplimiento de tal obligación— viene a delimitar la esfera de riesgo que corresponde al vendedor²⁵⁰⁹. Hechos posteriores a la entrega y no imputables al vendedor, no determinan incumplimiento alguno de este²⁵¹⁰; para los imputables, se dice que habría que aplicar este precepto por analogía²⁵¹¹.

Pues bien, yo me pregunto si esa referencia a la entrega es en todo caso oportuna. No me cabe duda de que, en un instrumento, como la Convención, destinado a la compraventa de las mercaderías, esa esfera

²⁵⁰⁸ En el ámbito español, el art. 1490 PMCC alude al tercero «en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato». Según el Apartado XXXIV de la Exposición de Motivos de la PMCC, este precepto a diferencia de la CVCIM, que impone al vendedor el deber de entregar la cosa no sólo libre de derechos sino también de simples pretensiones de tercero, «evita someter al vendedor al riesgo de que un tercero ejercite contra el comprador pretensiones carentes de suficiente fundamento jurídico». *Vid.* también el art. 532-5 PAPDC, «Los bienes han de estar libres de derechos y de pretensiones razonablemente fundadas de terceros», o el art. 621-30.1 CCCat: «Los bienes tienen que estar libres de derechos o pretensiones razonablemente fundamentadas de terceros que no deriven del contrato de compraventa». Siguen estos dos últimos preceptos a textos europeos. Cfr. art. IV.A.-2:305 DCFR, «*The goods must be free from any right or reasonably well founded claim of a third party*», y el art. 102.1 CESL: «Los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros».

²⁵⁰⁹ En este sentido, HONNOLD, 2009, p. 386; MIQUEL GONZÁLEZ, 1997 (2006), p. 373, quien considera que el art. 79 CVCIM raramente tendrá aplicación; SCHWENZER, 2010, pp. 654-655, quien señala que de forma amplia la entrega establece la frontera entre las esferas de responsabilidad del vendedor y comprador; HEUZÉ, 2000, p. 287; TEBEL, 2019, p. 294, quien precisa que tales circunstancias por las que el tercero reclama deben tener su origen, *de facto* o de acuerdo con el tercero que reclama, antes de la entrega.

²⁵¹⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, 1997 (2006), p. 373.

²⁵¹¹ TEBEL, 2019, p. 294.

de riesgo del vendedor vendrá generalmente delimitada por las modalidades de entrega directa e indirecta ya estudiadas. Pero aparte de que se han manifestado dudas muy puntuales y quizás no muy exactas al respecto²⁵¹² en el ámbito de la Convención, con relación al art. 102 CESL (derechos y pretensiones de terceros) se ha dicho que el momento relevante para determinar la responsabilidad del vendedor es aquel en que el vendedor transmite la propiedad²⁵¹³ aunque el art. 105.1 CESL aluda al momento de la transmisión del riesgo. Y tal conexión me parece bien encaminada pues, como señalé más arriba, a través de la obligación de transmitir la propiedad se protege y atiende a la transmisión de la titularidad del derecho, el ejercicio de sus facultades y la no perturbación de tal ejercicio; esto es, que terceros no puedan esgrimir derechos sobre el bien no contemplados en el contrato. Las obligaciones de entrega y la conformidad protegen y atienden a la cosa en sí misma considerada; en su materia y en su potencia.

A mi entender, no es que haya que transmitir la propiedad y *entregar* el bien libre de derechos (y quizás pretensiones; es una cuestión de política legislativa) de terceros, sino transmitir la propiedad libre de derechos de terceros²⁵¹⁴. Y la plasticidad con la que, según hemos visto, se puede concebir a efectos del contrato el cumplimiento e incumplimiento de esta obligación, no creo que haga pechar al vendedor con riesgos que no le corresponden.

Del mismo modo, y al igual que la necesidad exige diferenciar el cumplimiento de la obligación de entrega de la de conformidad –

²⁵¹² Vid. SCHWENZER, 2010, p. 655 y TEBEL, 2019, p. 294, que se plantean el caso en que, cumplida la entrega con la puesta en poder del porteador independiente, los acreedores del vendedor embargan (*seizure*) los bienes en tránsito. Pero quizás cabe entender que tal embargo viene justificado por circunstancias anteriores a la entrega.

²⁵¹³ ZOLL, 2012, p. 480; quien exactamente dice: «*The relevant time [...] must be a time when the seller has completed (or apparently completed) a duty to transfer the ownership of the goods*».

²⁵¹⁴ De hecho, dice Díez-PICAZO, 2010, p. 59, de forma directa: «la Convención establece la obligación de transmitir la propiedad (art. 30) libre de cualquier pretensión o derechos de terceros».

aunque el momento relevante *en principio de referencia* para la conformidad sea la entrega—, soy consciente de que, estrictamente hablando, en el caso concreto habrá que diferenciar lo que es la propia transmisión de la titularidad del derecho de propiedad de lo que es su contenido (facultades) más o menos amplio; obligación de transmitir la titularidad que se puede cumplir o incumplir y a diferenciar del cumplimiento o incumplimiento de la obligación de que tal propiedad esté *libre* de derechos (o pretensiones) de terceros no contemplados en el contrato y que limitan las facultades del derecho. Los remedios entrarán en juego con diferente alcance según el caso.

Y, ya por último, al igual que dije respecto a la conformidad del bien, no es preciso apelar a la responsabilidad contractual del vendedor por los derechos posteriormente creados con su intervención tras la transmisión de la propiedad. Es evidente que ello le hará incurrir en responsabilidad contractual sin tal específica mención²⁵¹⁵.

V. ESBOZO ORIENTATIVO DE UNA PROPUESTA DE REFORMA

En las anteriores páginas creo haber puesto en evidencia esa duplicidad normativa, cierta falta de sistematización e incluso confusionismo que, a mi entender, revelan y producen las denominadas normas sobre transmisión del riesgo. En ellas se mezclan cuestiones relativas al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de las partes, se realizan reiteraciones innecesarias, ante precisiones presentes en unas normas pero ausentes en otras se obliga al intérprete a realizar tareas de interpretación de la norma y esa dilemática decisión a la que conducirían estas normas —pagar o no pagar el precio— sencillamente no existe. Como ya advertí, parte sustancial del contenido de estas disposiciones ha de ser reescrito en sede de cumplimiento, mientras que otra ha de quedar para el régimen

²⁵¹⁵ Una orientación distinta en el art. 1490 PMCC: «Si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, *anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor...*». Cursiva añadida.

del incumplimiento; cumplimiento e incumplimiento han engullido el ámbito de aplicación de esta doctrina.

A continuación, realizo un esbozo de cómo creo que se podría revertir dichas normas en sede de cumplimiento porque, según he reflexionado, a través de estas normas se nos está diciendo qué es cumplir. Como digo, se trata de un esbozo; un ejercicio didáctico, si se quiere, en el que sintetizo una serie de normas con el que solo quiero reflejar que las normas sobre transmisión del riesgo son prescindibles porque han perdido la función a la que servían. Se podrá criticar algunas de estas «normas» que expongo, la ausencia de otras, o su eventual reiteración con previsiones que deberían figurar en la parte general. Pero, insisto, mi ánimo ante todo es focalizar *exclusivamente* en las normas sobre la disciplina de la transmisión del riesgo que entiendo superada, reflejar y responder a parte de la problemática que he identificado a lo largo de estas páginas a través del tratamiento de la doctrina de la transmisión del riesgo y aludir a aquellos aspectos sobre los que se apuntala la desaparición de esta disciplina.

En esencia, y por todo lo explicado hasta ahora, si la pérdida y deterioro fortuitos se evalúan actualmente como un problema de cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad, se comprenderá que, en esencia, las previsiones que siguen planteen reescribir las normas sobre el cumplimiento de la entrega para reflejar sus modalidades de ejecución directa e indirecta. Del mismo modo, se realizan precisiones respecto de la clásica regla de la simultaneidad del cumplimiento de la obligación de entrega y pago del precio, así como en las obligaciones del comprador para dejar constancia de la bilateralidad innata, en ciertos supuestos, del cumplimiento de la obligación de entrega. También se añaden previsiones relativas a la comunicación entre las partes con el fin de promover el cumplimiento, así como una alusión a la identificación de los bienes para las compraventas de géneros y al contrato del transporte y de seguro.

No abordaré la cuestión de la conformidad del bien; aspecto que, como ya expliqué, creo que quedaría suficientemente cubierto con una norma similar al art. 35 CVCIM en la que se apela a la relevancia que tiene el momento de la entrega para evaluar el cumplimiento de esta obligación. Tampoco entro en la obligación de transmitir la propiedad libre de derechos de terceros; cuestión a través de la cual se ventilan riesgos distintos a los de la obligación de entrega y la conformidad y cuyo tratamiento, por lo tanto, no es preciso para abordar la cuestión de la transmisión del riesgo. Tan solo menciono estas dos cuestiones permitiéndome dar una definición del contrato de compraventa que recoja las obligaciones típicas de las partes.

Y, ya en fin, tampoco trato la obligación de los documentos aunque sí hago alguna mención puntual a la misma. Esta cuestión, y la valoración sobre su expresa regulación en el contrato de compraventa y su relación con la obligación de entrega de las mercaderías, requiere de un profundo y previo estudio que no yo no he realizado más allá de las notas expuestas.

La definición de la compraventa:

Contrato de compraventa

«Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar un bien que sea conforme con el contrato y a transmitir su propiedad libre de derechos de terceros no contemplados por los contratantes²⁵¹⁶. Por su parte, el comprador se obliga a pagar el precio y a recibir el bien».

En sede de obligaciones del vendedor:

Norma 1. Obligación de entrega

El vendedor cumple su obligación de entrega cuando transmite al comprador la posesión del bien²⁵¹⁷.

²⁵¹⁶ Habría que valorar si procede hacer referencia a la obligación de entrega de los documentos «relacionados» con el bien, al menos, «en su caso».

²⁵¹⁷ Remisión a los modos de tradición que habrían de ser reubicados en sede de posesión.

Si la compraventa tiene como objeto un bien mueble, el vendedor cumple su obligación de entrega cuando el comprador se hace cargo del bien puesto a su disposición²⁵¹⁸.

Si el contrato requiere o autoriza al vendedor a expedir el bien²⁵¹⁹, el vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone el bien en poder de un primer porteador²⁵²⁰ con el fin de hacerlo llegar al comprador.

*Norma 2. Lugar de la entrega*²⁵²¹.

Salvo que se haya acordado otra cosa²⁵²², si en el momento de la celebración del contrato ambas partes conocen o deben conocer el lugar donde el bien se halla o ha de ser producido o manufacturado, la entrega debe realizarse en tal lugar²⁵²³.

En otro caso, el lugar de entrega será el establecimiento del vendedor²⁵²⁴. Si tiene más de uno, se estará al establecimiento que guarde más estrecha relación con el contrato y, de no tenerlo, se tendrá en cuenta su domicilio.

²⁵¹⁸ Se hace constar la puesta a disposición en el lugar que le corresponde: no como cumplimiento de la obligación, sino como paso previo. La previsión sería de aplicación a todo caso de compraventa con entrega directa, ya en origen, ya en destino.

²⁵¹⁹ Como indiqué en su momento, en sede de entrega el sistema habría de partir de la idea de que es el vendedor el que gestiona el envío del bien al comprador en caso de contrato «que implica transporte».

²⁵²⁰ Se refleja la práctica del transporte multimodal. En atención al estudio realizado, no parece necesario añadir el calificativo de porteador «independiente»; resulta evidente. También parece claro que el término «porteador» ha de interpretarse de manera amplia.

²⁵²¹ Quizás se trate de una disposición prescindible en atención a una norma sobre «el lugar de cumplimiento» situada en las normas generales.

²⁵²² Encaja aquí el supuesto residual de la entrega a la llegada.

²⁵²³ Encaja aquí el supuesto en el que el lugar de entrega no pertenece al vendedor.

²⁵²⁴ En caso de cumplimiento de la obligación de entrega con la puesta en poder del porteador, habrá de ser la buena fe la que, en atención a las circunstancias del caso concreto y a falta de pacto, pueda modular este precepto y permitir al vendedor poner el bien en poder del porteador en otro lugar.

Norma 3. Tiempo para la entrega.

El vendedor debe entregar el bien en el momento fijado o dentro del plazo acordado y, en defecto de pacto, en un plazo razonable.

Norma 4. Transporte del bien.

En la compraventa con expedición, el vendedor debe celebrar los contratos necesarios para que el transporte del bien se efectúe hasta el lugar señalado por los medios adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.

Si el vendedor no está obligado a contratar un seguro de transporte, debe proporcionar al comprador, a petición de este, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.

Norma 5. Identificación de los bienes.

El vendedor está obligado a identificar los bienes como aquellos a los que se refiere el contrato, mediante cualquier medio idóneo, en el momento de su puesta a disposición²⁵²⁵.

En la compraventa con expedición, los bienes deben quedar identificados con el contrato, a más tardar²⁵²⁶, en el momento en que son puestos en poder del porteador. De no ser posible²⁵²⁷, el vendedor debe enviar inmediatamente un aviso de expedición en el que se identifiquen las mercaderías²⁵²⁸.

²⁵²⁵ Se destaca el carácter preparatorio de esta identificación para la entrega.

²⁵²⁶ El vendedor identifica los bienes con el contrato como acto preparatorio para la entrega (puesta en poder del porteador) o en el momento en que cumple la entrega si las circunstancias así lo exigen.

²⁵²⁷ Esta «falta de posibilidad» se referiría, según he explicado, a las propias circunstancias del tráfico en que las partes contratan o a la naturaleza de los bienes.

²⁵²⁸ Tal y como he explicado, si se exige esta inmediatez en el envío del aviso de expedición, se acerca en gran medida o casi se identifica esta modalidad de identificación a la que tiene en el momento de la puesta en poder del porteador.

Norma 6. Notificaciones.

El vendedor debe notificar al comprador que puede hacerse cargo del bien puesto a su disposición dentro del plazo pactado y, de no haberlo, concederle un plazo razonable²⁵²⁹.

En la compraventa con expedición, el vendedor debe notificar al comprador el cumplimiento de la obligación de entrega y darle cualquier aviso necesario que le permita hacerse cargo del bien en destino²⁵³⁰.

En sede de obligaciones del comprador:

Norma 7. Obligación de pago del precio.

La obligación de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos previstos en el contrato o en la ley para que sea posible el pago.

Norma 8. Lugar de pago del precio.

El comprador debe pagar el precio en el establecimiento o domicilio del vendedor.

²⁵²⁹ Creo que una norma en este sentido fomentaría la cooperación de las partes al cumplimiento porque, a falta de una precisión exacta en el contrato del momento en que se ha de cumplir, una infinidad de motivos puede retardar el cumplimiento y, en consecuencia, hacer surgir dudas sobre qué parte ha incumplido en el proceso bilateral del intercambio en los supuestos de compraventa con entrega directa. Además, una norma en este sentido sería útil aunque se haya acordado un plazo para la entrega porque, si tal plazo se estableció con ánimo de superar determinadas circunstancias que impedían la entrega, una vez superadas antes de que finalice el plazo, las partes quizás quiere proceder al intercambio y no agotarlo. Del mismo modo, se superaría así la distinción entre «un plazo razonable para la entrega entendida como puesta a disposición» y «un plazo razonable para la recepción» pues el plazo para la entrega bilateral incluye ambos: tiempo razonable para la puesta a disposición y tiempo razonable para la recepción. De lo que se trata es de que la entrega, como acto bilateral, tenga lugar en el plazo acordado y para ello, el bien tiene que estar puesto a disposición antes de que se agote el plazo.

²⁵³⁰ En caso de entrega indirecta, una disposición como esta, presente en los INCOTERMS, adaptaría el fomento de la cooperación entre las partes tanto para, quizás, proceder al intercambio de las mercaderías por sus «documentos representativos» durante el tránsito, como para que el comprador adopte las medidas organizativas necesarias para hacerse cargo del bien a su llegada.

*Norma 9. Tiempo de pago del precio*²⁵³¹.

El comprador debe pagar el precio en el momento de la entrega²⁵³² del bien o sus documentos representativos²⁵³³.

En la compraventa con expedición, el comprador debe pagar el precio en el momento en que se hace cargo²⁵³⁴ del bien en destino o, de producirse con anterioridad²⁵³⁵, en el momento de la entrega²⁵³⁶ de sus documentos representativos.

El comprador tiene derecho a examinar las mercaderías antes del pago del precio salvo que se haya acordado el pago contra la entrega de los documentos representativos y ello resulte incompatible con tal examen²⁵³⁷.

Norma 10. Obligación de recepción.

La obligación del comprador de recibir el bien consiste en:

a) realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega, y

²⁵³¹ Procede aligerar una norma sobre el momento del pago del precio sin aludir al derecho a suspender el cumplimiento como hace la CVCIM; cuestión cuyo tratamiento ha de quedar para las normas del incumplimiento.

²⁵³² Entrega directa y bilateral.

²⁵³³ Útil la referencia a la compleja noción de «documentos representativos», por ejemplo y según he analizado, para la compraventa de bienes en poder de un tercero.

²⁵³⁴ En la compraventa con entrega indirecta, no es posible hacer referencia al pago en el momento de la entrega.

²⁵³⁵ Así es como se contempla en la práctica.

²⁵³⁶ Aquí sí se puede hacer referencia a la «entrega» de los documentos, pues esta se concibe como entrega directa; esto es, acto bilateral.

²⁵³⁷ Recuértese que, con relación al art. 58.3 CVCIM, aunque el precepto prevé que el comprador no pueda examinar las mercaderías antes del pago del precio en atención a la modalidad de entrega pactada, la doctrina siempre ejemplifica esta previsión con alusión al caso en que comprador no puede examinar las mercaderías antes del pago del precio porque se ha pactado tal pago contra la entrega de los documentos representativos; caso también aludido en el precepto de la Convención y que era el único previsto en la ULIS. Por lo tanto, quizás es el único supuesto que merezca recibir alusión y solo para el caso en que sea en verdad incompatible el examen previo pago. Como se explicó, en la práctica del intercambio sobre documentos las partes pueden llegar a acuerdos para asegurar el examen previo.

b) hacerse cargo del bien o, en su caso, de los documentos puestos a su disposición²⁵³⁸.

Norma 11. Notificaciones.

Si no hay un momento acordado o un plazo fijado para la entrega y el vendedor no ha procedido a conceder al comprador un plazo razonable para hacerse cargo del bien, el comprador podrá requerir al vendedor para la fijación de dicho plazo²⁵³⁹.

²⁵³⁸ Añado la referencia a la puesta a disposición en sede de la obligación de recepción. No es preciso hacer referencia al *momento* del cumplimiento de la obligación de recepción para el caso en que la obligación de pago del precio no tenga lugar simultáneamente con la entrega. En sede de cumplimiento de la obligación de entrega queda claro que esta es un acto bilateral y, en consecuencia, el tiempo para la recepción lo marca en todo caso la norma relativa a la notificación de la puesta a disposición.

²⁵³⁹ Se trataría de fomentar la cooperación y evitar entrar en un escenario de incumplimiento. Posiblemente una norma de estas características sea superflua y se derivaría de alguna otra que, situada en la teoría general, debería fomentar la comunicación de las partes en el proceso de cumplimiento e incumplimiento del contrato para, respecto a lo primero, asegurar el éxito de la transacción y, respecto a lo segundo, evaluar el comportamiento de las partes y un eventual cálculo de los daños. Sea como fuere, la norma que propongo, como llamamiento al cumplimiento, no es algo muy distinto al art. 65 CVCIM en lo que concierne a la especificación de las características de las mercaderías.

CAPÍTULO 5 INCUMPLIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

Como advertí en la *Introducción* general del presente estudio, aunque afirmemos –lo cual no es incorrecto– que es la nueva comprensión del incumplimiento la que absorbe y no deja espacio para la doctrina de la transmisión del riesgo en la compraventa, lo complicado y tedioso ha sido abordar qué se entiende por cumplir, en particular, por cumplir con la obligación de entrega. La dificultad ha estribado en traducir y rescribir las falsas normas sobre transmisión del riesgo en sede de cumplimiento. Porque como he dicho hasta la saciedad, estas normas, en esencia, nos estaban diciendo que es cumplir.

Y aclarado esto, y a pesar de que, insisto, el mantra es la absorción de la disciplina de la transmisión del riesgo por la del incumplimiento, más breve será el presente capítulo por una sencilla razón: desaparecida la especialidad de la compraventa en torno a la transmisión del riesgo, los remedios han de entrar en juego con total normalidad; como si de cualquier contrato bilateral se tratase.

En los próximos apartados, me encamino, en esencia, a tres objetivos.

En primer lugar, y volviendo sobre el expediente de la transmisión del riesgo, como se podrá comprender después de lo explicado en la *Parte Primera* de esta investigación, dado que la transmisión del riesgo no opera con esa supuesta rigidez y automatismo –con más o menos excepciones– desde la celebración del contrato de compraventa sino en una dinámica de cooperación en el cumplimiento, esta disciplina nunca estuvo desconectada del incumplimiento. Lo que sucedía es que las normas sobre transmisión del riesgo producían su especial efecto de no hacer responder en sentido amplio al vendedor de su incumplimiento a partir de un determinado momento; producían una incursión en el ejercicio de los remedios a disposición del comprador. En efecto, esta disciplina es conocedora directa y particularmente de

dos remedios relativos a esa pérdida y deterioros fortuitos a los que brevemente me acerco: la resolución y la reducción del precio.

En segundo lugar si, como he apostado a lo largo de la *Parte Segunda* de mi investigación, en los planteamientos actuales no se precisa de una regulación sobre transmisión del riesgo en la medida en que el comprador no se privado de la posibilidad de acudir a los remedios en caso de incumplimiento de la obligación de entrega y conformidad a partir de un determinado momento –pérdida y deterioros fortuitos posteriores a la perfección del contrato y anteriores a la entrega–, ya ninguna especialidad o restricción existe en cuanto al funcionamiento de los remedios en el contrato de compraventa. No pretendo realizar un exhaustivo estudio del sistema de remedios, su jerarquización, la totalidad de sus requisitos, etc. Mi intención es, por un lado, plantear a grandes rasgos ciertos aspectos relativos a la compleja relación que se ha visto entre la posibilidad de que «se transmita el riesgo al comprador» y, al mismo tiempo, el vendedor incumpla el contrato. Por otro lado, aludiré brevemente a la función de los remedios en el reparto del riesgo diseñado en el contrato. Merecen de nuevo particular atención las previsiones de la CVCIM pues, con relación a la primera cuestión, presenta normas de compleja inteligencia. Con relación a la segunda, veremos que el ejercicio del remedio resolutorio altera el reparto de riesgos establecido en el contrato.

En tercer lugar, expondré unas pocas reflexiones en torno al posible incumplimiento del comprador; incumplimiento que en ningún caso produce *transmisión del riesgo alguna*, como ya he advertido con anterioridad, sino sencillamente un escenario de incumplimiento en que procede que el vendedor no quede impasible y adopte las medidas necesarias para remediar tal situación.

En fin, como decía en la *Introducción* general, la noción «riesgo» deja atrás la clásica doctrina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa y no solo concierne al incumplimiento fortuito; modalidad de incumplimiento a la que se le ha dado una particular respuesta en ciertos ordenamientos (como la *frustration* en Derecho

inglés o la teoría de los riesgos en Derecho francés) mediante expedientes que plantean diversas dificultades y se encuentran fuera de lo que a día de hoy comprendemos como la noción objetiva y unitaria del incumplimiento.

El riesgo apela, a lo que aquí interesa, a una insatisfacción del acreedor protegida por el contrato –a un incumplimiento del compromiso asumido por el deudor– frente a la que puede reaccionar a través del sistema de remedios según sus requisitos; remedios que han de respetar el reparto de riesgos en el contrato. En consecuencia, ya no existe esa *especialísima* «transmisión del riesgo» en la compraventa, solo reparto de riesgos en el contrato, que no es lo mismo.

II. INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR

1. Remedios conocidos en torno al clásico régimen de la transmisión del riesgo

Pagar el precio y no recibir la cosa o recibirla deteriorada frente a no recibir el precio y quedarse sin la cosa o retenerla deteriorada; *periculum emptoris* o *periculum venditoris*. En esencia, es de esta forma, simplista y reduccionista, cómo tradicionalmente se ha expuesto la alternativa en torno a la cuestión de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa para, posteriormente, señalar que la herencia procedente del Derecho romano apuesta por la primera de las opciones a partir de un momento –la perfección del contrato– cuya concreta determinación no está exenta de dudas, al igual que no lo está el motivo por el cual se gesta esta especialísima disciplina que viene a impactar en la bilateralidad en el contrato sinalagmático por excelencia; porque, como he explicado, impacta en cierta medida, aunque no de la forma tan destructora que se le ha querido achacar²⁵⁴⁰.

²⁵⁴⁰ Capítulo 1, IV.

Por supuesto, no habré de repetir otra vez lo ya expuesto más allá de recordar brevemente ciertas ideas para dar paso a las explicaciones que aquí proceden.

La disciplina de la transmisión del riesgo –al menos tal y como ha cristalizado en los códigos decimonónicos españoles según la interpretación conjunta que yo les he dado y en línea con ciertos indicios apreciables en estudios históricos y planteamientos o reflexiones existentes tanto en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico como en el Derecho francés e inglés– es un llamamiento al cumplimiento. Por todas las razones imaginables que hacen necesario separar el momento de la conclusión del contrato de su cumplimiento, cobran particular importancia en esta materia los actos preparatorios para la entrega concebida como acto bilateral; actos preparatorios que, aunque pueden ser más o menos complejos, hacen su evidente presencia en la compraventa de géneros. En efecto, muchas son las huellas –se han podido resaltar a lo largo de esta investigación– que nos persuaden a entender que es este ámbito donde surge la disciplina de la transmisión del riesgo que el paso del tiempo convirtió en esa idea generalizante e imprecisa de que «el riesgo en el contrato de compraventa lo soporta el comprador». De hecho, la presente investigación se ha centrado en la compraventa de bienes muebles.

No volveré al estudio de la compraventa de géneros, al carácter bilateral o unilateral de la especificación de las mercaderías para su puesta a disposición, a la necesidad de extrapolar la idea de la puesta a disposición y preparación para la entrega a la compraventa de cosas específicas o al hecho de que si vendedor y comprador están aquí y ahora mutuamente listos para cumplir *no tiene ningún interés* pensar en la aplicación de la transmisión del riesgo a tal supuesto que, de forma natural, se precipitará al cumplimiento; elucubraciones que solo han conducido al confusionismo. Porque esta disciplina solo puede entrar en juego cuando hay una verdadera separación entre la conclusión del contrato y su cumplimiento resultante de las circunstancias o necesidades del tráfico en el que se contrata.

En esencia, recuérdese, el momento de la transmisión del riesgo se produce cuanto tiene lugar, por parte del vendedor, el ofrecimiento al cumplimiento viable; máxima exteriorización por su parte de que ya está listo para proceder al intercambio para el cual ha de esperar al comprador que sabe que el bien –los bienes– están puestos a su disposición para ser retirados. Y esta «puesta a disposición» ha de reunir los requisitos ya explicados que, en efecto, acercan mucho el momento de la transmisión del riesgo a la entrega. Pero no creo que mis reflexiones se traten de un intento por minimizar las malas consecuencias a las que debería conducir el expediente de la transmisión del riesgo²⁵⁴¹. Como dije, no hay un verdadero interés en hacer pechar con el riesgo al comprador; lo cual, como he explicado, pone en evidencia el supuesto en que las partes hayan acordado un término para la entrega. Aquí no hay transmisión del riesgo y las partes ya saben a qué atenerse; cuáles son los pasos que han de seguir para el cumplimiento. La disciplina de la transmisión del riesgo viene a «rellenar» lo que el contrato no ha dispuesto: cuáles son las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la ejecución del contrato. La disciplina de la transmisión del riesgo, como ya he dicho, mira a la entrega y, en realidad, su aplicación no solo es de ámbito reducido sino de difícil triunfo: el vendedor ha de desplegar conducta prestacional –*hacer todo lo que le incumbe para cumplir*–, esperar al comprador adecuadamente advertido de la puesta a disposición para el cumplimiento, conservar diligentemente la cosa –las cosas– objeto del contrato y, de darse el caso, probar que la pérdida y deterioro no se deben a su culpa; presunción establecida en el art. 1183 Cc y acaso indestructible. Como he explicado, la disciplina de la transmisión del riesgo puede entenderse como una manifestación del principio *favor debitoris* y un llamamiento al comprador para su necesaria

²⁵⁴¹ Con otro enfoque, SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 130 y ss., entiende que diversas interpretaciones doctrinales del art. 1452 Cc sí buscan «minimizar» el alcance del precepto por su colisión con el art. 1124 Cc. En realidad, como ya he dicho, son estudios que buscan determina el verdadero alcance del expediente de la transmisión del riesgo. En parte, la autora tiene razón; en particular, respecto a los planteamientos que ya he estudiado y que interpretan el término «daño» del art. 1452 Cc de manera restrictiva para reconducir el supuesto del «perecimiento» al art. 1124 Cc.

cooperación en el cumplimiento dentro de un sistema que presenta un régimen sobre el incumplimiento con tintes subjetivistas que focaliza en la no realización de los deberes prestacionales del deudor.

El caso es que reconocida la existencia de un período de tiempo desde la conclusión del contrato hasta el eventual momento de la transmisión del riesgo²⁵⁴² —como por ejemplo reconoce expresamente el art. 337 Ccom al exigir la puesta a disposición en el plazo de veinticuatro horas con posterioridad a la celebración del contrato, plazo que en atención a las circunstancias del caso concreto puede ser mayor, o hemos podido comprobar en el análisis casuístico de la aplicación de esta disciplina en distintas modalidades de compraventa²⁵⁴³— se abre un espacio en que el qué entraría en juego el feliz apotegma *periculum est venditoris*. Pero cabe preguntarse qué significa exactamente; es más, cabe preguntarse si es necesario acudir a él. Ya lo he adelantado: si la transmisión del riesgo supone limitar el acceso al comprador a los remedios ante el incumplimiento de las obligaciones de entregar (pérdida fortuita) y entregar la cosa en el estado (deterioro fortuito) en que se halla en el momento en que tiene lugar tal transmisión (perfección de la compraventa), antes de la transmisión del riesgo el comprador podrá acceder a los remedios ante tal pérdida y deterioro fortuitos; al menos a alguno de los que el fragmentado sistema de responsabilidad de la legislación decimonónica pueda ofrecerle.

No es que el vendedor se quede sin el precio *sin más*, como habría de pagarlo *sin más* el comprador tras la transmisión del riesgo. No es que el vendedor se quede sin la cosa o con ella deteriorada *sin más*, tal y como se quedaría *sin más* el comprador tras la transmisión del riesgo. No se quiera buscar una imagen simétrica entre el supuesto del riesgo sin transmitir y riesgo transmitido²⁵⁴⁴ ni tampoco se quiera describir

²⁵⁴² Si es que lo hay; cosa que no sucede, insisto, en la compraventa con entrega a término.

²⁵⁴³ Capítulo 3.

²⁵⁴⁴ En el ámbito del Derecho inglés, *vid.* al respecto la crítica de TREITEL, 2014, pp. 83-84; quien, al hilo de su estudio de la *frustration*, analiza, según el caso y dependiendo de cuál sea el objeto del contrato, si puede entrar en funcionamiento o no tal doctrina (pp. 83 y ss.). Ya BENJAMIN/BRIDGE, 2021, pp. 325-326, señala que cuando el vendedor soporta el riesgo, en

un juego tan mecánico de esta especialísima doctrina. La propia transmisión del riesgo no es en verdad mecánica, sino que forma parte de la dinámica del cumplimiento –del llamamiento al cumplimiento por parte del vendedor al comprador– y el reconocimiento de ese espacio en que no tiene lugar la transmisión del riesgo abre, como decía, la posibilidad de aplicar *algún* remedio. En efecto, si, como he explicado en la introducción de esta investigación, la transmisión del riesgo produce, como particular efecto en la compraventa, juntar el denominado «riesgo de la prestación» y el «riesgo de la contraprestación» sobre la figura del comprador, el que no se haya producido tal transmisión del riesgo *de la contraprestación* al comprador conlleva que ha de reconocérsele medios a través de los cuales reaccionar frente a la insatisfacción mayor o menor (pérdida o deterioro fortuitos) de su crédito *como si de cualquier otro contrato bilateral se tratase*. Y el caso es cuáles son esos remedios o medios de protección.

La respuesta a esta pregunta se muestra obvia en los planteamientos actuales. El régimen de responsabilidad contractual *lato sensu* cuenta

caso de pérdida no procede en todo caso la *discharged by frustration*: «If he [el vendedor] cannot replace the goods with other goods which comply with the contract, he may be liable in damages for non-delivery since he will not be released from his obligation to deliver». Vid. también DEBATTISTA, 1990, p. 75, en el ámbito de compraventas que implican transporte de mercaderías: «to say that risk has “passed” from seller to buyer is one way of saying that the seller has discharged his physical duty under the contract of sale to deliver the goods to the buyer, such that the buyer’s remedies, if any, for loss or damage to the goods while in transit lie not against the seller, but against the third parties brought into privity with the buyer through the documents tendered by the seller, namely, the carrier or the insurer. If, on the other hand, risk has not “passed” from seller to buyer, then this again is a shorthand way of saying that the seller has yet to deliver the goods to the buyer, that he is consequently still under a duty to deliver goods as described in the contract, and that he is therefore still liable to the buyer under the contract of sale for loss of or damage to the goods». En el ámbito del Derecho francés, y aludiendo al supuesto de la «pérdida» sucedida con anterioridad a la transmisión del riesgo, DESHAYES, 2017, núm. 158, señala que entraría en juego la regla *res perit debitori*. A su entender, no es que en los contratos traslativos de propiedad tal regla no tenga aplicación, sino que es más preciso afirmar que su aplicación ya no es posible una vez que se transmite el riesgo. Erróneamente –en mi opinión– añade que, no obstante lo dicho, los casos en que la transmisión de la propiedad, y en consecuencia la del riesgo, no tiene lugar en el momento de la conclusión del contrato son posibles pero excepcionales.

con un sistema articulado de remedios a los que puede acudir el comprador ante el incumplimiento por parte del vendedor del programa de la prestación; de lo prometido en el contrato. A ellos me refiero en el próximo apartado, según adelantaba, con ánimo de mostrar que desaparecida la utilidad de la disciplina de la transmisión del riesgo –como definiendo en atención a las concepciones actuales de la vinculación contractual y el incumplimiento– ya no existe particularidad o restricción alguna en cuanto al funcionamiento de los remedios en el contrato de compraventa.

Pero la respuesta a tal pregunta no se muestra tan obvia en atención al fragmentado régimen del incumplimiento que presenta nuestro Derecho decimonónico codificado y creo que tiene interés *acercarse* a esta problemática.

Acaso parezca un planteamiento ya innecesario; un esfuerzo que no merece la pena ante un estado de cosas –la concepción unitaria y objetiva del incumplimiento y el régimen articulado de remedios– ya asentado que convertiría tal empeño de análisis, aunque de derecho vigente, en una mirada al pasado.

Atiéndase, por ejemplo, al estudio de FENOY PICÓN. A pesar de la tradicional y distinta conceptualización de la obligación específica y genérica al menos hasta la especificación²⁵⁴⁵, su reflejo en la compraventa específica y genérica²⁵⁴⁶, el distinto régimen jurídico a aplicar a las anomalías cualitativas que presenta la cosa objeto del contrato y el distinto alcance protector que obtiene el comprador en dichos regímenes, siendo menor el previsto para la compraventa específica a través de las acciones edilicias que el de la compraventa genérica²⁵⁴⁷, la autora constata una evolución del ordenamiento jurídico español hacia la configuración de un supuesto de hecho amplio y unitario, correspondiente a la idea de la no conformidad, que

²⁵⁴⁵ FENOY PICÓN, 1996, pp. 23 y ss.

²⁵⁴⁶ *Ibidem*, pp. 93 y ss.

²⁵⁴⁷ *Ibidem*, pp. 72 y ss.

aglutina los diferentes casos de posibles anomalías cualitativas de la cosa a ventilar a través de la aplicación de los remedios generales del incumplimiento más la reducción del precio procedente del saneamiento que supera la diferencia entre la compraventa específica y genérica. Explica cómo el Tribunal Supremo rompe con esta dualidad diseñada por el Código civil –ruptura que, en el momento de su investigación, la mayoría de la doctrina civil no acoge²⁵⁴⁸ sino de forma progresiva²⁵⁴⁹–, desatiende al carácter específico o genérico de la obligación del vendedor y responde a las demandas actuales del tráfico aplicando en un importante número de casos las acciones generales del incumplimiento para solucionar los problemas de las anomalías cualitativas en atención al dato de la utilidad o inutilidad de la cosa; casos que no encajan en el modelo puro de compraventa contemplado en el Código civil (el dar sin más) sino que presentan contratos más complejos en los que el vendedor tiene a su cargo un dar y un hacer²⁵⁵⁰. Añade FENOY PICÓN su estudio de las disposiciones contenidas en el Código de comercio respecto a las anomalías cualitativas de la cosa para la compraventa mercantil²⁵⁵¹, destaca que la doctrina mercantil no da relevancia al carácter genérico o específico de la obligación del vendedor²⁵⁵² y explica cómo el Tribunal Supremo elude la aplicación de las normas del Código de comercio acudiendo, también en la compraventa mercantil, a la doctrina general del incumplimiento por inhabilidad de la cosa²⁵⁵³.

Y en un estudio en el que se destaca la tendencia a la objetivación de los remedios ante el incumplimiento²⁵⁵⁴, se baraja la concepción de la propia noción de incumplimiento en un sentido amplio («como el hecho de que no se haya alcanzado en su totalidad el fin o función del

²⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 177.

²⁵⁴⁹ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1050-1051. Con carácter general, y no específicamente respecto a la compraventa, PANTALEÓN PRIETO, 1993, pp. 1720 y ss.

²⁵⁵⁰ FENOY PICÓN, 1996, pp. 200-205 y 240.

²⁵⁵¹ Cfr. arts. 336 y 342 Ccom. Con pormenor, explica la autora que el art. 345 Ccom se ciñe a la garantía de evicción. *Ibidem*, pp. 278-279, en nota a pie de página.

²⁵⁵² *Ibidem*, p. 289.

²⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 306 y 326.

²⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 208-214.

contrato; o dicho de otro modo, que no se haya desenvuelto completamente el programa contractual»²⁵⁵⁵ y se concluye que el Tribunal Supremo crea *de facto* un régimen único y común para la compraventa civil y mercantil en torno al incumplimiento «por inhabilidad» de la cosa²⁵⁵⁶ que desdibuja los límites entre la compraventa específica y genérica y cabe asemejar a la no conformidad que tutela el art. 35 CVCIM²⁵⁵⁷, no hay espacio para tratar el expediente de la transmisión del riesgo. De hecho, como dije al comienzo de esta investigación, la autora tan solo realiza cuatro anecdóticas menciones a esta disciplina²⁵⁵⁸ que precisamente carece de interés y choca con la evolución jurídica de la compraventa que describe y en la que atisba cierta idea de garantía del resultado protegido por el contrato²⁵⁵⁹. Es este estudio, como dije en su momento, un ejemplo de la huida del riesgo en la compraventa²⁵⁶⁰; esa incomprensible quimera *que se quiere dejar atrás* y que –parece oportuno recordar aquí– *de lege lata* yo he concluido que presenta *idéntica aplicación* en la compraventa civil y mercantil sea específica o genérica²⁵⁶¹.

²⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 140-141. Contrapone esta idea con una concepción estricta de las obligaciones del vendedor en el modelo de compraventa específica donde cabe entender que el deber de prestación del vendedor consiste en entregar la cosa tal cual estaba en el momento de la perfección del contrato (art. 1468 CC); «de ahí que el vendedor (de buena fe) cumple, aunque entregue la cosa con vicios, siempre y cuando dichos vicios existieran en el momento de la celebración del contrato y ninguna afirmación se hubiera hecho en relación a las cualidades de la cosa» (p. 139).

²⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 327.

²⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 366-367. Dice la autora: «Valorando la CV, desde la perspectiva de nuestro Código civil, este conjunto de remedios [que la Convención concede al comprador ante la entrega de mercaderías no conformes] parece ser el fruto de haber sumado las acciones generales de incumplimiento más las edilicias. En otras palabras, la CV procede, asimismo, a una unificación de los remedios».

²⁵⁵⁸ Introducción, I.

²⁵⁵⁹ Alude a esta cuestión en la introducción de su investigación: «existe la sensación de que nos aproximamos a la idea de que el vendedor, dentro del alcance fijado por la regla contractual, se compromete a entregar una cosa que sirva al fin que el propio contrato previó (lo cual incluye el interés del comprador)». *Ibidem*, p. 5.

²⁵⁶⁰ Introducción, I.

²⁵⁶¹ Al comparar el distinto alcance protector respecto a las anomalías cualitativas de la cosa que nuestro ordenamiento jurídico ofrece al comprador en los modelos de compraventa específica y genérica, FENOY PICÓN, 1996, p. 72, apunta que, en la compraventa específica, el

Pero lo cierto es que el 1452 Cc –junto a su parejo art. 333 Ccom– de momento *sigue ahí*, como la piedra en el zapato, por mucho que la transmisión del riesgo no haya conducido a las consecuencias irremisibles a las que teóricamente se ha creído que conduciría; por mucho que este vestigio molesto que arrinconamos no ofrezca casos que hagan que nos rasguemos las vestiduras.

Y de la misma forma que –al menos para mí– ha sido necesario pasar por el monstruo antediluviano de la transmisión del riesgo para comprenderlo y cerciorarme de que, en los planteamientos actuales, es absolutamente innecesario contar con *falsas* normas sobre transmisión del riesgo a pesar de que distintos textos jurídicos, que se han visto atadas a ellas por inercia y tradición, podrían –con diversos ajustes que ya he analizado– eliminarlas sin problemas²⁵⁶², opino que tiene interés preguntarse –como decía antes– cómo reacciona nuestro ordenamiento jurídico ante el supuesto del riesgo no transmitido; qué sucede, manteniéndonos en esa dialéctica tradicional– cuando tiene lugar la *pérdida o deterioros fortuitos antes de la transmisión del riesgo*. Y en ese fragmentado sistema de incumplimiento que

vendedor cumple si entrega la cosa debida en el estado en que se halla en el momento de la perfección del contrato; defectos de la cosa cuyo origen «se encuentre en un momento posterior a la celebración [sic], se sitúan en otro ámbito: o en el de la atribución de los riesgos, o en el de la responsabilidad por custodia de la cosa (p. 113). Con relación a la compraventa genérica, señala la autora, se impone al vendedor «*la entrega de una cosa que reúna todas y cada una de las cualidades del género* [...]». El vendedor cumple, si ofrece en pago una cosa que posee todas y cada una de las cualidades del género» (pp. 73-74). La cursiva es añadida. Por mi parte, yo he concluido que en ambas modalidades de compraventa el riesgo se transmite al comprador con la *perfección* (puesta a disposición de la cosa) de la compraventa; transmisión del riesgo que conlleva la posibilidad de que tenga lugar un incumplimiento fortuito que no se permita remediar al comprador.

²⁵⁶² Dice LINACERO DE LA FUENTE, 2007, p. 169, tras exponer su propuesta de reforma para el art. 1452 Cc: «la nueva regulación de los riesgos en el Código civil español debería huir del recuerdo del tormentoso art. 1452». Pero como yo sostengo, no se trata de que haga falta una nueva regulación de la transmisión del riesgo. Sencillamente, es que no hace falta regulación alguna. La propuesta de la autora para el art. 1452 Cc es la que sigue: «1. El riesgo de pérdida y deterioro fortuitos de la cosa vendida se transmite al comprador con la entrega de la cosa en las condiciones establecidas en el contrato. También se transmite el riesgo al comprador si éste incurre en mora o incumple injustificadamente su obligación de recibir la cosa./ 2. El traspaso de los riesgos al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuera conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros».

presentan nuestras normas decimonónicas, resulta que en el *específico* ámbito del riesgo y *dentro* de la propia regulación del contrato de compraventa se presentan dos remedios en favor del comprador. El primero, regulado expresamente, es la resolución. Y como acabo de decir, no me refiero al *general* art. 1124 Cc²⁵⁶³, sino a un precepto *particular* en sede de compraventa en el propio clásico régimen del riesgo: el art. 331 Ccom²⁵⁶⁴ que, para la cuestión del riesgo en la compraventa con entrega a término, permite al comprador rescindir [*rectius* resolver] ante la pérdida o *deterioros* [!] fortuitos previos a la entrega. El segundo remedio, escondido en el art. 1452.3 Cc y los arts. 333 y 334.1.º Ccom, es la reducción del precio.

A) Resolución

En atención a lo que explicado, se comprenderá que, en realidad, el régimen de la transmisión del riesgo al comprador no es una excepción al art. 1124 Cc como se suele afirmar²⁵⁶⁵, sino más bien una *modulación* que, respondiendo al llamamiento al comprador y el *favor debitoris* que tal transmisión representa en el momento de la puesta a disposición, no tiene por qué darse si el contrato ha precisado las circunstancias de tiempo, lugar y modo en el que realizar el intercambio tal y como muestra el art. 331 Ccom para la compraventa

²⁵⁶³ Art. 1124 Cc: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliero lo que le incumbe./ El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible./ El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo./ Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

²⁵⁶⁴ Art. 331 Ccom: «La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercancías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito».

²⁵⁶⁵ BÉRGAMO LLABRÉS, 1947, p. 167 («notabilísima excepción»); DE COSSÍO Y CORRAL, 1953, p. 609; GARCÍA CANTERO, 1991, p. 85; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1993, p. 896; ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 10245. Evocan la especialidad del art. 1452 Cc respecto al art. 1124 Cc, Díez-PICAZO, 2008, p. 839; PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1048.

con entrega a término. Y si este precepto ofrece al comprador el remedio resolutorio ante el *incumplimiento fortuito* antes de la entrega, *a pari* y en la medida en que el 331 Ccom no se aparta sino que se compagina con la mecánica de la transmisión del riesgo, tal remedio también ha de estar disponible para el comprador antes de la puesta a disposición (arts. 1452 Cc y 333 Ccom).

No procede analizar aquí esa tradicional y equívoca configuración del remedio resolutorio como condición resolutoria tácita en el art. 1124 Cc²⁵⁶⁶. Tampoco toca retroceder a los orígenes de tal remedio, a su germen en la doctrina canonista del *frangenti fidem*, a ese confusionismo procedente del Derecho común que identifica sinalagma, bilateralidad y reciprocidad al conectar la correlación propia de las obligaciones nacidas de los contratos consensuales y la mutua condicionalidad propia de los contratos innominados o adentrarse en la figura de la causa y su eventual rol en este ámbito, porque ya hay conciencia común en la concepción de la resolución como facultad-remedio para proteger el interés del contratante que, cumplidor o dispuesto a cumplir, ve insatisfecho su crédito²⁵⁶⁷. Y tampoco abordaré el análisis de la gravedad que ha de revestir el «incumplimiento resolutorio», para activar el funcionamiento del art. 1124 Cc, en torno a la idea de la frustración de la finalidad que el acreedor legítimamente pretende obtener del contrato; frustración que tiene lugar incluso cuando el cumplimiento, siendo todavía posible, ya no satisface el interés del acreedor²⁵⁶⁸.

²⁵⁶⁶ Al respecto, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 120-121; quien pone de relieve dos errores: «*Un error histórico* que proviene de confundir lo que sería una simple cláusula *–Lex rei suae dictae–* con la condición como determinación o incidente accesorio puesto a determinados negocios, consistente en un evento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio. Y *un error dogmático* por considerar “tácita” lo que sería elemento normal en el mecanismo de la bilateralidad, como correlación de obligaciones que forzosamente se desenvuelven en forma paralela». La cursiva es del autor.

²⁵⁶⁷ Me remito, de nuevo, a las explicaciones del profesor de Salamanca: ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 32-36 y 63-65; 1972, pp. 118-120 y 124-129.

²⁵⁶⁸ CARRASCO PERERA, 2017, p. 1086; quien señala que mediante la suma de estas tres condiciones la regla española acaba equiparándose a la fórmula del incumplimiento esencial de textos internacionales. Explica el autor que el requisito de la esencialidad del incumplimiento no radica sin más en el principio *pacta sunt servanda* o el principio de la

Creo que vale la pena prestar atención a otras cuestiones para llegar a una conclusión, aunque sea a modo de curiosidad.

Lo cierto es que la imagen de la pérdida fortuita a riesgo del vendedor evoca una tradicional discusión, ya superada en el entorno jurídico español –al asumir el concepto neutro y unitario del incumplimiento– aunque no del todo en el ámbito del Derecho comparado, sobre cómo impacta la imposibilidad sobrevenida fortuita, total y permanente de la obligación de una de las partes del contrato bilateral en la suerte de la otra contraprestación. Soy consciente de que, desde un punto de vista terminológico, la cuestión también se presenta añeja pues, en la actualidad, más que buscar la tipificación o categorización del incumplimiento de antemano, lo que procede es sin más detectar su existencia y atender a los remedios y sus requisitos para ver cuáles son sus consecuencias.

Sea como fuere, y manteniéndome en la expresada y clásica dialéctica, como bien señala SAN MIGUEL PRADERA, determinar cuál es el impacto de tal imposibilidad sobrevenida no imputable de una

conservación del contrato. A su entender, que el remedio resolutorio haya de configurarse como excepcional tiene apoyo en tres razones materiales presentes en todos los casos en los que la cuestión se suscita. De forma muy sucinta: primero, evitar aspiraciones oportunistas del acreedor que, ante cualquier incumplimiento, podría tratar de escapar de un mal negocio o un negocio que ha dejado de interesarle. Segundo, la resolución normalmente se salda con costes superiores al cumplimiento. Tercero, por las eventuales dificultades y complejidades procedentes de la liquidación restitutoria. Reflexiona el autor: «Con esto queremos proporcionar también una idea cabal de la doctrina del incumplimiento resolutorio. El incumplimiento es resolutorio si está acreditado que los motivos que tiene el acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas, y si los costes de salida del contrato y recuperación del *status quo ex ante* no son irrazonables para ambas partes, incluyendo la parte incumplidora. Esta última ida es especialmente fructífera, y explica por qué en muchas ocasiones el juzgador parece dar curso a pretensiones resolutorias que no están fundadas en un incumplimiento suficiente, y justifica normas como el art. 1505 Cc o 332 Ccom, que no son excepciones o aberraciones históricas, sino manifestación de un principio de neutralidad ante la resolución como remedio cuando, a pesar del incumplimiento, *res integrae extant* en poder de una de las partes, que puede disponer más fácilmente en un negocio de sustitución» (pp. 1085-1086). Un estudio jurisprudencial sobre los incumplimientos resolutorios en CLEMENTE MEORO, 1998, pp. 251 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 178 y ss. con particular atención a la imposibilidad sobrevenida no imputable; Díez-PICAZO, 2004, pp. 37 y ss.

prestación sobre la correlativa depende de si tal imposibilidad se considera incumplimiento –al aceptar una noción amplia de este concepto que acoja toda desviación del programa de prestación, sea o no imputable al deudor– o *algo* ajeno al incumplimiento –si se maneja un concepto, dice la autora, estricto y limitado impregnado por el presupuesto de la culpabilidad– con el fin de entender aplicable, conforme a la primera orientación, el art. 1124 Cc o, en atención a la segunda, considerar necesario articular la denominada *teoría de los riesgos* al no contar con un precepto legal que resuelva la cuestión²⁵⁶⁹; *teoría de los riesgos* que, remarco, es distinta a la disciplina de la *transmisión del riesgo* en la compraventa.

Vuelven a aparecer aquí el concepto del *periculum obligationis* y los aforismos *periculum est debitoris* y *periculum est creditoris* de los que, como señalé al comienzo de esta investigación, yo he decidido tomar distancia. Lo que procede es aproximarnos al detenido recorrido que la citada autora expone entorno a la anterior cuestión.

Relata aquellas doctrinas que en su momento entendieron que la resolución del art. 1124 Cc constituye un remedio propio de la responsabilidad contractual imputable y no aplicable a supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable²⁵⁷⁰. Explica cómo se apela a la teoría de los riesgos para considerar a la otra parte contractual también liberada de ejecutar la contraprestación debida y, en consecuencia, entender que la relación obligatoria se extingue automáticamente, por mucho que incluso se encuentren referencias a la aplicabilidad del art. 1124 Cc –aunque sea por analogía– en algunas de estas exposiciones²⁵⁷¹, pero no en todas; pues también hay quien baraja una resolución automática, *ipso iure*, fuera del ámbito de dicho precepto y del incumplimiento²⁵⁷². Apunta que, conforme a otras orientaciones, se considera la imposibilidad sobrevenida no imputable

²⁵⁶⁹ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 82-84.

²⁵⁷⁰ *Ibidem*, pp. 98-100.

²⁵⁷¹ *Ibidem*, pp. 100-104.

²⁵⁷² *Ibidem*, pp. 105-107.

como una situación jurídica autónoma y distinta del incumplimiento; un modo de extinción de las obligaciones con consecuencias jurídicas propias que plantea el problema del riesgo contractual que, aunque distinto del incumplimiento, sí se solventa propiamente por el art. 1124 Cc²⁵⁷³. Y también expone aquellas doctrinas que realizan una interpretación objetivadora del incumplimiento y contemplan la aplicación del art. 1124 Cc a los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, aunque manteniendo la especialidad del automatismo de la resolución²⁵⁷⁴; automaticidad de la resolución –subraya la autora– que se puede seguir encontrando en textos de armonización que manejan una noción neutra del incumplimiento que acoge en su seno la imposibilidad sobrevenida no imputable²⁵⁷⁵. Tal es el caso del art. 9:303(4) PECL²⁵⁷⁶ al que cabría sumar el más reciente art. III.-3:104(4) DCFR²⁵⁷⁷.

Pero SAN MIGUEL PRADERA se cuestiona qué sentido tiene esa separación entre la imposibilidad sobrevenida no imputable (riesgo) del incumplimiento; cuál es el beneficio, si se entiende que la primera está integrada en el segundo, de configurar una resolución especial y

²⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 107-110.

²⁵⁷⁴ *Ibidem*, pp. 110-118.

²⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 119-121.

²⁵⁷⁶ Art. 9:303(4) PECL: «*If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises*». En LANDO / BEALE, 2000, p. 415, se señala que la solución de esta previsión está en línea con aquellos sistemas legales que consideran que, ante tal evento, el contrato queda «destruido».

²⁵⁷⁷ Art. III.-3:104(4) DCFR: «*Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished [...]*». Según se explica en VON BAR / CLIVE, 2009a, pp. 786-787, la principal razón para determinar por la extinción automática en esta situación, en lugar de someter la cuestión a las reglas sobre la resolución mediante notificación a la otra parte del incumplimiento, es que sería innecesario y poco realista requerir al acreedor resolver mediante tal notificación. Además, se dice, podría ser pernicioso en la medida en que la notificación ha de realizarse dentro de un plazo razonable. De lo contrario, el acreedor pierde su derecho a resolver; lo cual sería una situación desafortunada en casos en que el impedimento es permanente y excusable. La obligación nunca podría ser cumplida y el contrato nunca resuelto. Continuaría existiendo en una especie de estado fantasmal. Por ello, se insiste que la solución más limpia es proveer para tal caso la automática resolución de la obligación en cuestión y de la recíproca.

automática para el caso de la imposibilidad sobrevenida no imputable. La autora descarta la mencionada separación y apuesta por la inexistencia de tal segunda especialidad: la resolución automática. Conforme a las corrientes actuales que ponen el fulcro de la cuestión del incumplimiento en la insatisfacción del interés del acreedor amparado, garantizado, por el contrato cualquiera que sea su manifestación y con independencia de la valoración que merezca la conducta del deudor²⁵⁷⁸, la autora analiza el art. 1124 Cc en conexión con los restantes remedios disponibles al acreedor insatisfecho, por mucho que la sistemática del Código civil responda a una construcción desmembrada de tal sistema remedial²⁵⁷⁹, para mostrar que procede la aplicación del precepto a la imposibilidad sobrevenida no imputable entendida como verdadero incumplimiento y que la resolución no tiene lugar de forma automática²⁵⁸⁰; opción que estructura con un detenido estudio jurisprudencial²⁵⁸¹. En defensa de lo razonable del planteamiento, destaca en particular –en línea con el razonamiento de PANTALEÓN PRIETO²⁵⁸²– la posibilidad de que el acreedor prefiera mantener el contrato y cumplir su contraprestación cuando ello le ofrezca más ventajas, por ejemplo, si tiene interés en el *commodum repræsentationis*²⁵⁸³, y la mayor certeza jurídica que se obtiene pues la resolución automática provoca incertidumbres sobre cuáles son los derechos y deberes de las partes en cada momento y no evita que exista litigiosidad entre estas sobre la concurrencia de los presupuestos de la imposibilidad sobrevenida no imputable.

²⁵⁷⁸ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 122-127.

²⁵⁷⁹ MORALES MORENO, 1983, p. 1538, subraya que esta puesta en conexión de los distintos remedios para atender al interés del acreedor que ha quedado insatisfecho se ha de emprender con independencia de que su origen histórico los presente de forma separada o de que la dogmática encuentre una justificación distinta para cada uno de ellos.

²⁵⁸⁰ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 142-162.

²⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 178-198.

²⁵⁸² PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1048; 1993, pp. 1731-1732.

²⁵⁸³ De hecho, con relación a la resolución automática del art. 9:303(4) PECL, dicen Díez-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES MORENO, 2002, p. 365: «La solución sólo es correcta si al acreedor no le quedara otra alternativa que la resolución; no si, basándose en la persistencia del contrato, pudiera ejercitar algún derecho que sustituya a la prestación imposible, porque la resolución automática le privaría del mismo».

Y esto es así, apunta, siempre que no haya una norma concreta que «atribuya el riesgo al propio acreedor», como el art. 1452 Cc²⁵⁸⁴; norma a la que la autora dedica particular atención en la medida en que la lectura realizada del art. 1124 Cc viene a invadir el ámbito que tradicionalmente ocuparía la doctrina de los riesgos y a entrar en contradicción con el art. 1452 Cc. Ante lo que se considera una norma que conduce a resultados cuestionables, SAN MIGUEL PRADERA destaca lo que, a su entender, son intentos doctrinales de minimizar el alcance del art. 1452 Cc, así como su inaplicación por parte de la jurisprudencia²⁵⁸⁵. Recuerda la autora, en línea con su argumentario en torno al art. 1124 Cc lo que sigue: «en un sistema en el que el incumplimiento funciona con criterios de culpabilidad tiene sentido distinguir entre “incumplimiento” y “atribución del riesgo”; pero en un sistema, como el que proponemos, en el que la noción de “incumplimiento” es objetiva y nada tiene que ver con la culpabilidad, parece perder justificación la distinción entre “incumplimiento” y “atribución del riesgo”»²⁵⁸⁶. Como ya he tenido oportunidad de explicar, para la autora, en atención a la regulación contenida en los arts. 66 y ss. CVCIM, las normas sobre «transmisión del riesgo» en la compraventa fijan un momento a partir del cual, la pérdida y deterioro de la cosa no constituye incumplimiento del vendedor; orientación de la que yo me he apartado –*precisamente* porque la función de tales normas es reconocer la existencia de un incumplimiento que al comprador no se le permite remediar– al entender que en los planteamientos actuales *no existe* la mecánica de la transmisión del riesgo ni necesidad de que tales normas permanezcan. Sea como fuere, el caso es que para SAN MIGUEL PRADERA tal razonamiento habría de guiar una eventual modificación del art. 1452 Cc; artículo que –concluye la autora– «no debe mantenerse como precepto que regula, *al margen del incumplimiento*, la transmisión del riesgo»²⁵⁸⁷.

²⁵⁸⁴ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 156-157, 161, 173.

²⁵⁸⁵ *Ibidem*, pp. 128-135. No es preciso que repita aquí mis opiniones respecto a estas dos apreciaciones de la autora.

²⁵⁸⁶ *Ibidem*, pp. 135-136.

²⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 141. La cursiva es añadida.

Como decía unas líneas más arriba, el Derecho comparado muestra ejemplos en los que sigue existiendo una bipartición entre el incumplimiento que puede dar lugar al remedio resolutorio y, dicho *grosso modo*, la imposibilidad sobrevenida no imputable o excusable que da lugar a una suerte de resolución o desvinculación automática del contrato. Tal es el caso del Derecho inglés y el francés; enfoques alejados –en mayor o menor medida– de la concepción unitaria del incumplimiento que manejan por ejemplo la CVCIM y los PCCI, textos donde la imposibilidad no recibe particular tratamiento en lo que a la resolución se refiere, o de la opción del ya citado § 326 BGB que, en su juego con el § 275 BGB y para los contratos bilaterales, sí que atiende a la figura de la imposibilidad –originaria o sobrevenida, imputable o no²⁵⁸⁸– y la opción del remedio resolutorio²⁵⁸⁹, aunque se ha dicho que el Derecho alemán tampoco sigue una concepción completamente unitaria del incumplimiento²⁵⁹⁰.

Y lo cierto es que los ejemplos que producen la mencionada bipartición ya manifiestan su propia inadecuación. Tal es el caso de la doctrina de la *frustration of contract* del *common law*, contrapuesta al

²⁵⁸⁸ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 408-409.

²⁵⁸⁹ Apunta OEHM, 2020, p. 539, que la imposibilidad no afecta a la relación contractual como tal, sino que su consecuencia es la exclusión de la posibilidad de que el deudor pueda exigir la contraprestación. Explican MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 430-431, que el § 326(5) BGB garantiza al acreedor el derecho a la resolución.

²⁵⁹⁰ En este sentido, GSELL, 2014, p. 381; quien apunta que tras la reforma de 2002 sigue habiendo evidencias de la anterior estructura del BGB. Así, a diferencia a los PECL o al DCFR, las disposiciones del BGB sobre los remedios todavía siguen una clasificación basada en el tipo de irregularidad. Ello, se opina, no está totalmente injustificado en la medida en que los presupuestos para un determinado remedio varían según el tipo de incumplimiento. Para MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 379-380, con la adopción de la noción unitaria de *Pflichtverletzung* o *breach of duty* en el § 280 y el § 323 BGB como base de todas las irregularidades del cumplimiento ha sido posible presentar el Derecho alemán desde una «*remedy-focused (and more Anglicised) perspective*» sin distorsionar su estructura dogmática. Tales disposiciones se han convertido en las verdaderas piedras angulares del enfoque alemán del incumplimiento contractual. Las precondiciones para acceder a los remedios todavía dependen de la irregularidad en cuestión. Y es aquí donde las tradicionales categorías – imposibilidad, retraso, otros incumplimientos– resurgen. Vid. también LOOSCHELDERS, 2021, pp. 278 y ss.

*breach of contract*²⁵⁹¹, cuya aplicación tiene lugar —se precisa en el ámbito del Derecho inglés— no necesariamente cuando un evento posterior a la celebración del contrato y externo a la esfera de control de las partes del contrato hace imposible el cumplimiento, sino también cuando tal evento haría del cumplimiento algo radicalmente distinto a lo que las partes pretendían cuando celebraron el contrato²⁵⁹²; cuando el *común objeto* previsto por las partes, *el intercambio*, por mucho que esperen beneficiarse de él de distintas maneras, se ve frustrado (*defeated*)²⁵⁹³. El caso es que el efecto de esta doctrina es poner fin al contrato de inmediato, sin más y de forma

²⁵⁹¹ Respecto a la definición de la «*non-performance*» (incumplimiento) recogida en el art. 1:301(4) PECL, en LANDO / BEALE, 2000, pp. 123-124, se destaca que el término cubre todo incumplimiento cualquiera que sea su causa; no se distingue entre tipos de incumplimiento. Y se añade: «*Non-performance of a contract is to be distinguished from breach of contract in the common law sense. By a breach of contract is meant a non-performance which is not excused, e.g. under the rules as to frustration*».

²⁵⁹² CARTWRIGHT, 2013, p. 256; quien también contrapone la doctrina de la *frustration* frente al *breach of contract*. Apunta MCKENDRICK, 2021b, pp. 1907-1908: «*A contract may be discharged on the ground of frustration when something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfil the contract or transforms the obligation to perform into a radically different obligation from that undertaken at the moment of entry into the contract*».

²⁵⁹³ TREITEL, 2014, pp. 63-64. El autor apunta que tal razonamiento no solo es aplicable a los casos de imposibilidad sobrevenida, sino también cuando el contrato *is discharged by frustration of purpose* aunque no haya imposibilidad como tal. Siempre que el objeto común del contrato se vea *defeated*, tiene sentido decir que el cumplimiento ha sido frustrado; de donde se sigue que ambas partes son *discharged* aunque el evento sobrevenido solo afecte directamente al cumplimiento que corresponde a una de ellas. De hecho, y como explica este autor (p. 74), lo cierto es que el caso en el que se encuentra el germen del posterior desarrollo de la doctrina de la *frustration of contract* [*Taylor v Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826] no se trata de un supuesto de imposibilidad total, sino parcial. De forma muy resumida, el contrato versaba sobre el uso de los *Surrey Gardens and Music Hall* con el objetivo de realizar una serie de conciertos. Pero tras la conclusión del contrato, y con anterioridad al primer concierto, un incendio afectó solo al auditorio y no en su totalidad. No obstante, apunta el autor, «*it was reasonable to regard the destruction of the Hall as total for the purpose of the doctrine of discharge. If the fire had caused less serious damage [...] it seems unlikely that the contract would have been discharged*». Insiste más adelante: el contrato fue *discharged* ante la destrucción del auditorio aunque los jardines, con sus distintos atractivos y posibilidades, y otras instalaciones para representaciones teatrales y musicales permanecían disponibles. Sin embargo, «*the contract was discharged because its main purpose (the giving of the four grand concerts) was defeated*» (pp. 207-208). En letra redonda lo destacado por el autor.

automática, según se reitera en la jurisprudencia (*case-law*)²⁵⁹⁴ –sin que las partes lo hayan elegido o lo haya declarado un tribunal y aunque ninguna de aquellas sea conocedora del *frustrating event*²⁵⁹⁵–, de forma total –pues ambas partes son completamente *discharged*²⁵⁹⁶– y de forma prospectiva –esto es, respecto a obligaciones que devendrían exigibles tras la fecha de la *frustration*–²⁵⁹⁷.

Da cuenta TREITEL de diversas cuestiones que plantean los anteriores caracteres; algunas de las cuales aquí tan solo dejo anotadas superficialmente. En primer lugar, se cuestiona si es oportuno que la *discharge* opere de forma automática pues, en la medida en que puede ser invocada por cualquiera de las partes, la no directamente perjudicada por la *frustration* pueda verse beneficiada por la misma. Se plantea el autor, si convendría adoptar como regla que la *frustration* entrase en funcionamiento a opción de la parte perjudicada por el *frustrating event*²⁵⁹⁸; cuestión que se hila con la posibilidad de conceder a la parte perjudicada los beneficios obtenidos por la otra con ocasión de la *frustration*²⁵⁹⁹ y que, si bien se niega con carácter general, explica el autor que a un resultado similar se llega a través de diversos expedientes por los que se niega la procedencia de la *frustration*²⁶⁰⁰. En segundo lugar, y también relacionado con la *discharge* automática y total que produce la *frustration*, explica el autor que, en Derecho inglés, no existe nociones como la *partial or temporary frustration* con motivo de la imposibilidad parcial o

²⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 544.

²⁵⁹⁵ CARTWRIGHT, 2013, p. 259; quien señala que se trata de una resolución (*termination*), como el remedio del *breach of contract*, pero automática. Apunta el autor que si la cuestión de la *frustration* llega a ser conocida por un tribunal, típicamente cuando una de las partes alega el *breach of contract* de la otra y esta se defiende apelando a la *discharge*, aquel simplemente declara si el evento alegado es suficiente para frustrar el contrato. En caso afirmativo, la resolución del contrato tiene lugar desde el momento de la producción del *frustrating event*.

²⁵⁹⁶ TREITEL, 2014, p. 554.

²⁵⁹⁷ *Idem*.

²⁵⁹⁸ *Ibidem*, pp. 550-553; esp. p. 553.

²⁵⁹⁹ Cuestión que el autor enuncia como «*the principle of conditional discharge on transfer of the “surrogate benefit” obtained as a result of the supervening event*».

²⁶⁰⁰ *Ibidem*, pp. 562-570.

temporal: u opera la *frustration* si hay suficiente base para ello o el contrato permanece. Y ante tal situación, se reacciona concediendo y articulando en beneficio del deudor una *excuse for partial or temporary non-performance* y, en su caso, al acreedor la opción para resolver²⁶⁰¹ el contrato²⁶⁰²; aspecto que el autor vuelve a hilar con el cuestionamiento del automatismo de la *frustration*, en la medida en que no solo existe el derecho a resolver en caso del *breach of contract* como viene a mostrar su posible reconocimiento en casos de *excuse for non-performance*²⁶⁰³. Por último, y con relación al efecto prospectivo de la *frustration*, explica TREITEL que su rígida aplicación conduce a resultados inadecuados cuando una de las partes ha cumplido su parte, o esta deviene exigible, antes de que tenga lugar el *frustrating event* o si una de las partes ha realizado expensas en previsión del cumplimiento que posteriormente se ve frustrado. Y ante unas soluciones proveídas por el *common law* que no se juzgan plenamente satisfactorias²⁶⁰⁴, mediante la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943 se busca responder a tal problemática²⁶⁰⁵.

Y ante toda la problemática que plantea la figura de la *frustration* – cuya aplicación, recuérdese según ya he explicado en la introducción de esta investigación²⁶⁰⁶, queda desplazada por el funcionamiento de

²⁶⁰¹ «*Rescission*», dice el autor. Aunque quizás sea más adecuado hablar de «*termination*». Sobre esta cuestión terminológica, MCKENDRICK, 2021c, pp. 1981 y ss.

²⁶⁰² TREITEL, 2014, pp. 207-211 y 246 y ss.

²⁶⁰³ *Ibidem*, p. 549.

²⁶⁰⁴ Con relación a pagos realizados o exigibles ya antes de la *discharge*, la posición original del *common law* era que el pago realizado no podía ser recuperado y que el ya exigible permanecía siendo debido. Posteriormente, se admitió que una parte contractual que había realizado pagos podría reclamarlos cuando, como consecuencia del evento sobrevenido, no recibe absolutamente nada de la esperada contraprestación («*total failure of consideration*»). Pero la situación seguía siendo insatisfactoria pues, por un lado, se consideraba injusto que la parte contractual que había realizado pagos no pudiese recuperarlos cuando la *failure of consideration* no era total y, por otro, que la otra parte a la que se reclamaba la devolución del pago no obtuviese ninguna compensación (*allowance*) respecto a las expensas realizadas en atención al cumplimiento que se vio posteriormente frustrado.

²⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 591 y ss. Destaca el autor la inaplicabilidad de la norma estatutaria a ciertos contratos de compraventa; previsiones que, lejos de ser claras, parecen relacionadas con la no perturbación de las normas sobre transmisión del riesgo (pp. 631-632).

²⁶⁰⁶ Introducción, I.

las especialísimas normas de la transmisión del riesgo en la compraventa²⁶⁰⁷— se comprende la afirmación de que su operatividad práctica es muy reducida. No solo porque se quiere evitar que este expediente se convierta en un cauce para escapar de lo que, a la postre, ha resultado ser un mal negocio sino porque, a lo que ahora más interesa, frente a la rigidez que presenta la solución remedial de la *frustration*, las partes normalmente diseñan con flexibilidad en el contrato —a través de las denominadas *force majeure clauses*— cuáles son los remedios que proceden frente a eventos sobrevenidos que típicamente escapan a su control e impactan en el cumplimiento del contrato; provisiones contractuales que tienen como efecto desplazar y reducir la importancia práctica de la *frustration* frente a eventuales *frustrating events* a los que el contrato ya da respuesta²⁶⁰⁸.

También es clásica —más que en España y, en atención a la reforma realizada en el año 2016, todavía dispuesta a causar controversia— la discusión en el ámbito del Derecho francés sobre la procedencia de distinguir o no entre el incumplimiento y la teoría de los riesgos y, en consecuencia, el remedio resolutorio y la resolución de *plein droit* que

²⁶⁰⁷ Un ejemplo sobre la limitación de la *frustration* frente a la regulación de la transmisión del riesgo se encuentra en la s. 7 SGA. Apunta McKENDRICK, 2021b, p. 1910, que es una aceptación estatutaria del caso *Taylor v Caldwell*. Dispone la s. 7 SGA: «*Goods perishing before sale but after agreement to sell. Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreement is avoided*». Explica MERRET, 2021, p. 1964, que se trata de un particular caso de *frustration* y que el alcance de la previsión es muy limitado pues atañe a cosas específicas que son físicamente destruidas, o dañadas de tal manera que ya no responden a la descripción del contrato, y que solo se aplica al *agreement to sell*, esto es, casos en que la propiedad no ha sido transmitida al comprador, porque, como regla, en tal momento tendría lugar la transmisión del riesgo. Y como dice el autor: «*frustration only stars where risk stops*».

²⁶⁰⁸ McKENDRICK, 2021b, pp. 1908 y 1958. Como dice el autor: «*where express provision has been made in the contract itself for the event which has actually occurred, the contract is not frustrated. Therefore the wider the ambit of contractual clauses, the narrower is the practical scope of the doctrine of frustration*». Ya lo dice TREITEL, 2014, pp. 543-544: a pesar de las críticas y problemas de ajuste que presenta la *frustration*, lo cierto es que en los últimos años tal crítica ni ha sido frecuente ni ha aumentado probablemente por el hecho de que eventuales *frustrating events* son comúnmente objeto de expresas disposiciones contractuales que conducen a soluciones intermedias y más flexibles que las ofrecidas por la *frustration*.

se derivaría respectivamente de cada uno de los dos anteriores expedientes.

De forma resumida, con anterioridad a la reforma de 2016, el *Code* no contenía una disposición general que, para los contratos bilaterales, dispusiese que el acreedor de la obligación devenida imposible por fuerza mayor quedaba liberado de cumplir su contraprestación, sino que existían –y existen– en este sentido una serie de disposiciones en sede de contratos especiales de las que se indujo la anterior idea expresada bajo el aforismo *res perit debitori*²⁶⁰⁹. Para su articulación, autores del siglo XIX entienden que la resolución (judicial) regulada en el antiguo y ya derogado art. 1184 *Code*²⁶¹⁰ es de aplicación cualquiera que sea el origen –negligencia del deudor o fuerza mayor– del incumplimiento²⁶¹¹. Y la jurisprudencia de la *Cour de cassation* también ha considerado tradicionalmente que la regla *res perit debitori* se encauza a través del citado precepto; el cual no viene a distinguir, como sostienen los autores mencionados, si el incumplimiento es imputable al deudor o procede de fuerza mayor²⁶¹².

No obstante, desde finales del siglo XIX²⁶¹³, cierta corriente doctrinal –también con apoyo en esos textos del *Code* que permitirían vislumbrar la regla *res perit debitori*– se oponen al anterior planteamiento²⁶¹⁴ al entender que se ha de distinguir, como dos

²⁶⁰⁹ DESHAYES, 2017, núms. 25-26 y 47-50. Recuérdese que para este autor la regla *res perit debitori* no viene a expresar la idea de que el riesgo corresponde al deudor sino más bien un reparto del riesgo entre las partes del contrato. *Vid.* Introducción, I.

²⁶¹⁰ Antiguo art. 1184 *Code*: «*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement./ Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts./ La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*».

²⁶¹¹ LAROMBIÈRE, 1857b, p. 303-304; DEMOLOMBE, 1871, p. 447; LABBÉ, 1888, pp. 377-378.

²⁶¹² GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, pp. 684 y ss.; DESHAYES, 2017, núms. 51-54.

²⁶¹³ GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, pp. 682.

²⁶¹⁴ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 892, consideran el proceder de la jurisprudencia una confusión lamentable.

mecanismos distintos que siguen reglas diferentes²⁶¹⁵, el campo de la responsabilidad contractual, que presupone que un incumplimiento imputable al deudor y donde entraría en juego la resolución del ya derogado art. 1184 *Code*, y el ámbito correspondiente a la teoría de los riesgos que, ante la liberación de una parte contractual por la imposibilidad de cumplir devenida por fuerza mayor, también determina la liberación de la otra, de pleno derecho, cuya obligación desaparece y queda destruida sin otra posible opción²⁶¹⁶. Se trataría, por lo tanto, de *l'anéantissement automatique du contrat*²⁶¹⁷.

Lo curioso es que uno puede detectar en cierta medida puntos de convergencia entre ambos planteamientos²⁶¹⁸. Entre quienes reconocen la autonomía de la teoría de los riesgos, se entiende que el recurso a la resolución judicial puede ser necesario en supuestos en que se duda cuál es el origen del incumplimiento o si se trata de incumplimientos parciales, temporales o que pueden ser superados; casos en los que el juez sí tendría poder de apreciación y que podrían reconducirse mediante una reducción de las contraprestaciones o la suspensión del contrato²⁶¹⁹, si bien se insiste que, llegado el caso y en coherencia con la teoría de los riesgos, el juez no pronuncia la resolución sino que simplemente constata si las obligaciones ambas partes quedan extinguidas²⁶²⁰. Sería el supuesto de la imposibilidad total, definitiva y fortuita cuando el juez no tendría ningún poder de

²⁶¹⁵ CARBONNIER, 2000, p. 341; favorable a su distinción.

²⁶¹⁶ PLANIOL/RIPERT, 1952, pp. 558-561; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 899-901.

²⁶¹⁷ GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 682; con profusión sobre esta teoría cuya autonomía frente a la resolución estos autores niegan. En este sentido, y con mayor firmeza que los anteriores autores, GENICON, 2007, pp. 91 y ss. A ese automatismo también aluden MARTY/RAYNAUD, 1988, p. 325, favorables a la distinción entre ambos expedientes.

²⁶¹⁸ Opinán FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2015, p. 270, que la divergencia entre ambas posiciones es de orden teórico más que práctico; aunque entiendo que se inclinan por la autonomía de la teoría de los riesgos.

²⁶¹⁹ PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 561. MARTY/RAYNAUD, 1988, p. 326, quienes afirman de forma lacónica que en estas situaciones parece difícil no pasar por la intervención del juez y que el incumplimiento fortuito produce efectos comparables al incumplimiento imputable con la diferencia de que, en el primer caso, no proceden los daños y perjuicios.

²⁶²⁰ MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, pp. 902; CARBONNIER, 2000, p. 349.

apreciación y el contrato debería ser considerado como «*tombant de plein droit*»²⁶²¹; automáticamente resuelto.

Por su parte, quienes niegan la autonomía de la teoría de los riesgos apelan precisamente a todos esos casos en que no es evidente cuál es el origen del incumplimiento o, de proceder de un caso de fuerza mayor, cómo impacta en el contrato. La intervención del juez no es, por lo tanto, inútil²⁶²² ni tampoco es posible entender que, en tales casos, tiene lugar una resolución automática meramente constatada por el juez, sino que es este quien la pronuncia²⁶²³. No obstante, dentro de este sector hay quien reconoce que los supuestos de imposibilidad por fuerza mayor total y definitiva sí permiten considerar la intervención del juez inútil y que, si bien ello no es suficiente para distinguir la resolución de la teoría de los riesgos, sí cabe entender que se trata de una resolución de pleno derecho; lo cual confirmaría la idea de que el carácter judicial de la resolución no forma parte de su esencia²⁶²⁴.

Pero en esta aproximación de posiciones, se encarga GENICON de desmentir tanto la existencia de la teoría de los riesgos como esa

²⁶²¹ PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 561.

²⁶²² RADÉ, 1995, p. 27; GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 689; DESHAYES, 2017, núm. 67.

²⁶²³ Insistente en este aspecto, GENICON, 2007, pp. 96-97. Con anterioridad, GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 689, dudaban de esa separación supuestamente tan neta entre el supuesto en el que el juez, ante el incumplimiento procedente de fuerza mayor, solo constata la desaparición de ambas contraprestaciones, lo cual en realidad no harían de su intervención algo indispensable y corroboraría la singularidad de la teoría de los riesgos, del caso en que en efecto sí pronuncia la resolución. Nótese, como dice DESHAYES, 2017, núm. 68, que las críticas a la existencia de la teoría de los riesgos no pretenden como tal ponderar la necesidad de una resolución judicial sino criticar el supuesto automatismo de la resolución.

²⁶²⁴ GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, 2001, p. 690. El razonamiento de estos autores procede de un pronunciamiento, aislado en la jurisprudencia, de la *Chambre commerciale de la Cour de cassation*, de 28 de abril de 1982 (*l'arrêt Beltoise*) según el cual «une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'es pas nécessaire». Explican los autores que se trataba de un caso particular en el que no había comenzado la más mínima ejecución del contrato; cumplimiento que devino imposible de forma definitiva. Desde otra perspectiva, señala GENICON, 2007, p. 105, que es posible interpretar que la fórmula de la *Cour de cassation* viene a autorizar una resolución unilateral por parte del acreedor, lo cual mostraría que la resolución no tiene lugar automáticamente.

supuestamente particular resolución de pleno derecho que se acaba de mencionar. Qué hipótesis tan rara y precisa –reflexiona el autor– permitiría articular en toda su pureza la teoría de los riesgos –la imposibilidad total e irremediable causada por la fuerza mayor– cuando la realidad demuestra –según se ha visto en los párrafos anteriores– que la infinidad de matices en el incumplimiento impiden esa supuesta destrucción automática del contrato; de ahí que el autor tilde la teoría de los riesgos como demasiado limitada y rudimentaria²⁶²⁵ e incluso dude de que ese carácter evidente que se suele atribuir a la imposibilidad definitiva e irremediable sea en realidad tal²⁶²⁶. Sea como fuere, y si bien sus razonamientos son mayores, cabe destacar dos sencillos argumentos con los que GENICON niega en todo caso el automatismo de la resolución: por un lado, el interés que pueda tener el acreedor en mantener el contrato y, por otro, la necesidad de no impedir que las partes puedan decidir modificarlo ante un caso de fuerza mayor²⁶²⁷.

No obstante, el legislador francés de 2016 desatendió las anteriores críticas²⁶²⁸ e introduce en el Código civil una disposición general que prevé la resolución de pleno derecho cuando un caso de fuerza mayor hace definitivamente imposible el cumplimiento de la prestación de una de las partes; modalidad de resolución que se presenta como una causa autónoma de extinción del contrato en consonancia –al menos, en una primera ojeada– con la clásica teoría de los riesgos²⁶²⁹. Se trata

²⁶²⁵ *Ibidem*, pp. 94-97.

²⁶²⁶ Apunta el autor: «*la force de l'évidence est bien souvent celle de celui qui a intérêt à l'evidence*». *Ibidem*, p. 101.

²⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 102-103.

²⁶²⁸ DESHAYES, 2017, núm. 69.

²⁶²⁹ *Ibidem*, núms. 26 y 56. Apunta el autor que, en la medida en que la reforma de 2016 incorpora la teoría de los riesgos –*teorización* que en su momento justifica parte de la doctrina por la inexistencia de una regulación sistemática en el *Code* de 1804 que regulase el efecto de la fuerza mayor en los contratos más allá de disposiciones particulares y esparcidas sobre la cuestión–, ya no procede hablar como tal de *teoría*; denominación que, devenida ahora anacrónica ante la efectiva regulación legal de la cuestión, posiblemente se siga empleando por una cuestión de hábito (núm. 2).

del nuevo art. 1218.2 *Code*²⁶³⁰ que, por mucho que así lo diga el Informe del Ministerio de Justicia al Presidente de la República relativo a la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février*²⁶³¹, no conlleva la codificación de la solución establecida por la jurisprudencia, sino que va en contra de su orientación²⁶³² y se distingue así tal resolución supuestamente de pleno derecho de la resolución prevista en el nuevo art. 1224 *Code*²⁶³³ (destáquese la desjudicialización del remedio²⁶³⁴) que procedería para los incumplimientos imputables²⁶³⁵.

No procede profundizar aquí en el impacto que la reforma ha tenido en materia de incumplimiento del contrato y sus remedios («*sanctions*») es la terminología por la que opta el legislador francés de 2016²⁶³⁶); materia ahora regulada en los arts. 1217 y ss. *Code*²⁶³⁷ y

²⁶³⁰ Nuevo art. 1218 *Code*: «Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur./ Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 y 1351-1». Cfr. art. 5.100 de la Proposition de Loi portant le Livre 5 «Les obligations» du Code Civil. Chambre des représentants de Belgique. 6 avril 2022: «Effets sur le contrat en cas d'impossibilité définitive d'exécution de l'obligation./ Lorsque l'impossibilité d'exécuter une obligation principale est totale et définitive sans être imputable au débiteur, le contrat est dissous de plein droit en sa totalité./ Lorsque l'impossibilité est partielle et définitive, sans être imputable au débiteur, la dissolution se limite à la partie du contrat qui est affectée, pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et sa portée./ Dans les contrats translatifs de propriété, le transfert des risques s'opère toutefois conformément à l'article 5.80».

²⁶³¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 17.

²⁶³² TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 821.

²⁶³³ Nuevo art. 1224 *Code*: «La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice».

²⁶³⁴ Para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 573, la consagración de una resolución por notificación es una de las innovaciones mayores de la reforma. Cfr. nuevo art. 1226 *Code*. Para SAVAUX, 2016, p. 734 y ss., la desjudicialización del ámbito del incumplimiento como un aspecto destacado de la reforma.

²⁶³⁵ CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 597; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 873; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 567; FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, pp. 1016-1017.

²⁶³⁶ Apuntan CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 559 que, el hecho de que el nuevo art. 1217 *Code* emplee esta terminología clásica, al tratar de *sanctions* y no de *remèdes*, no debe conducir a

que se considera de las más innovadoras de la reforma, tanto en la forma como en la sustancia, al tratar las consecuencias del incumplimiento de una manera sintética y modernizada que contrasta con el enfoque fragmentado y poco sistemático del antiguo *Code*²⁶³⁸. Tampoco me centraré en determinadas críticas que se han hecho del art. 1218 *Code*²⁶³⁹ aunque a él, obviamente, me vuelvo a referir en los próximos párrafos.

Basta con destacar aquí lo que a mi entender es el mantenimiento de una ruptura en el seno del incumplimiento, pues no se provee de una noción verdaderamente neutra de este²⁶⁴⁰ ni de una regulación completamente unitaria de sus remedios como consecuencia de esta separación entre lo imputable y lo no imputable; opción legislativa que, arrastrando esa vieja historia sobre la distinción entre el

pensar que se mantiene una concepción tradicional del incumplimiento relacionada con la sanción del deudor más que la satisfacción del interés del acreedor. Es en el fondo, y no tanto en la terminología utilizada, señalan los autores, donde debe juzgarse la modernidad del texto. Lo cierto es que el *Avant-Projet Terré*, que sirve, en esta materia, de inspiración al legislador de 2016, utiliza el término *remèdes* y no *sanctions*, según destaca, como opción deliberada, REMY, 2009b, p. 254. Para FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 997, se puede recurrir al término «*sanction*» sin esa connotación punitiva frente al deudor incumplidor.

²⁶³⁷ Señalan CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 559, que el artículo 1217 *Code* abre la regulación del incumplimiento con una enumeración de los remedios ante el incumplimiento; proceder que tiene como modelo el art. 97 del *Avant-Projet Terré* a su vez inspirado en textos internacionales. Los autores hacen particular mención al art. 8:101 PECL. El precepto francés no da una definición de la noción del incumplimiento; la cual es objeto de desarrollo a través de la regulación de los distintos remedios.

²⁶³⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 533-534.

²⁶³⁹ Se cuestiona cómo es posible que no se mencione la gravedad del incumplimiento que deviene del impedimento definitivo y que permite la resolución de pleno derecho; gravedad que, tras una comparativa con el art. 1224 *Code*, parece evidente que es requerida (CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 572; DESHAYES, 2017, núms. 78-81, con mayor profusión de argumentos). Del mismo modo, se critica que el precepto no haga mención alguna al efecto exoneratorio de la responsabilidad del deudor; que es efecto propio de la fuerza mayor. De hecho, la liberación del deudor no tiene por qué darse en todo caso (CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 564; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 538). A mi entender, en realidad sobra el precepto, pues bastaría la existencia de un único remedio resolutorio y la eventual exoneración de responsabilidad del deudor solo debería ser regulada en el remedio indemnizatorio.

²⁶⁴⁰ Como he señalado en la nota a pie de página 2637, lo cierto es que el *Code* no ofrece una definición de lo que se entiende por incumplimiento.

incumplimiento basado en la culpa frente a la teoría de los riesgos para lo fortuito y la resolución como remedio frente a la automática resolución de pleno derecho, impacta en el conjunto de la nueva regulación del incumplimiento²⁶⁴¹ y, como cabría esperar, los comentaristas tratan de pulir.

Porque frente a ese automatismo con la que supuestamente operaría la resolución de pleno derecho a la que apela el art. 1218.2 *Code*, precepto cuya inspiración se ha querido ver en particular en el art. 9:303(4) PECL²⁶⁴² aunque yo estimo que el peso de la tradición ha tenido mucho que ver²⁶⁴³, la doctrina considera que la citada expresión del precepto no implica necesariamente tal conclusión y que cabe entender que no procede la resolución hasta que el acreedor la invoca;

²⁶⁴¹ En una primera aproximación al art. 1217 *Code*, dicen TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 821, de forma un tanto vaga, que los remedios, *al menos alguno de ellos*, exigen que el incumplimiento sea imputable al deudor, es decir, que no provenga de fuerza mayor; cuestión para la que el legislador de 2016 reserva un artículo introductorio en la sección que regula el incumplimiento. En efecto, el Informe del MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2016, p. 17, dice que el art. 1217 *Code* realiza una presentación de los remedios y permite una aprehensión global de los mismos, aunque añade a reglón seguido que, *antes* de proceder a abordar cada remedio ante el incumplimiento, trata en el art. 1218 *Code* la fuerza mayor en materia contractual; «*cause d'exonération de responsabilité et cause de libération du débiteur de ses obligations*». Aunque como he señalado en la nota a pie de página 2639, ese efecto exoneratorio no se regula en el precepto.

²⁶⁴² En este sentido, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 821; en cuya opinión el art. 9:303(4) PECL distingue formalmente la teoría de los riesgos (incumplimiento causado por fuerza mayor) y la resolución (incumplimiento causado por *faute* del deudor). A mi entender, se trata de una descripción demasiado marcada por todo un bagaje interno (la disputada distinción entre la teoría de los riesgos y el incumplimiento) que no creo que encaje plenamente en el citado texto de armonización.

²⁶⁴³ Como señala DESHAYES, 2017, núm. 90, con esa expresión ambigua de resolución de pleno derecho, es altamente probable que el legislador del 2016 pretendiese consagrar la clásica teoría de los riesgos. Nótese que el art. 101 del *Avant-projet Terré*, preveía expresamente una resolución de pleno derecho en caso de incumplimiento grave e irremediable causado por fuerza mayor y la liberación de ambas partes contractuales; resolución que, no obstante, operaría desde *la notificación* del impedimento a la otra parte contractual que preveía el art. 100 del proyecto. Señala REMY, 2009b, p. 258 que el tratamiento en este lugar de la resolución por imposibilidad la distingue claramente de la resolución por incumplimiento imputable. Otro era el planteamiento del art. 1158 del *Avant-projet Catala* que, según explica ROCHFELD, 2006, p. 54, proponía integrar la teoría de los riesgos en la resolución en cuanto esta sería el remedio frente al incumplimiento cualquiera que fuese su causa.

planteamiento que tendría el beneficio de posibilitar el acceso a otros remedios²⁶⁴⁴. Lo cierto es que sus argumentos, en línea con lo que se razonaba en torno al ya derogado art. 1184 *Code*, encuentran apoyo en la propia letra de la ley.

Es difícil admitir una resolución del contrato que el acreedor no invoca cuando el propio art. 1218.2 *Code* se remite a dos preceptos – los arts. 1351 y 1351-1 *Code*– el segundo de los cuales prevé que el deudor habría de *ceder* al acreedor los derechos y acciones vinculados a la prestación incumplida²⁶⁴⁵; pero esto solo cabe admitirse si el contrato se mantiene. Por lo tanto, el acreedor debe poder elegir entre mantener el contrato y obtener tales derechos y acciones que reemplazan a la prestación o resolver el contrato; opción que quedaría bloqueada de admitirse el carácter automático de la resolución²⁶⁴⁶. Del mismo modo, se argumenta que es difícil admitir tal resolución de pleno derecho sin que el acreedor la invoque en la medida en que, el otro precepto al que se remite el art. 1218.2 *Code*, el art. 1351 *Code*²⁶⁴⁷, determina la liberación del deudor «à due concurrence» (esto es «en la proporción debida»²⁶⁴⁸) respecto a la obligación incumplida a causa de la fuerza mayor; de donde se sigue la posibilidad de que la fuerza mayor no produzca un incumplimiento

²⁶⁴⁴ DESHAYES, 2017, núm. 92. FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1017, dicen que si bien la expresión «*de plein droit*» significa a primera vista que la resolución tiene lugar automáticamente, se trata de una fórmula polisémica que no tiene siempre este significado que se le ha querido dar. De forma aislada, y apartándose del enfoque que plasmo en el texto, LARROUMET/BROS, 2918, pp. 781 y 798, entienden que la resolución de pleno derecho que establece el art. 1218.2 *Code* es criticable porque la resolución sanciona un incumplimiento imputable al deudor. Habría sido mejor, opinan, que el precepto se refiriese a la *caducité* del contrato (cfr. art. 1186 *Code*). Los autores apelan a la teoría de los riesgos y su articulación de pleno derecho.

²⁶⁴⁵ Art. 1351-1 *Code*: «*Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose*».

²⁶⁴⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, p. 539.

²⁶⁴⁷ Art. 1351 *Code*: «*L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure*».

²⁶⁴⁸ «À la mesure de l'impossibilité», dicen FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1017.

total sino parcial, que este no sea de la gravedad suficiente como para admitir la resolución y que proceda la reducción de la contraprestación del acreedor con base en tal precepto dado que no se prevé expresamente tal posibilidad en sede de incumplimiento por fuerza mayor²⁶⁴⁹. Y así se afirma porque se entiende que el art. 1233 *Code*, que regula la reducción del precio, atendería al incumplimiento imputable²⁶⁵⁰; aunque en opinión de otros no debería haber inconveniente en poder aplicar este último precepto²⁶⁵¹. Lo anterior evoca lo evidente y ya cuestionado con anterioridad a la reforma: el supuesto automatismo de la resolución de pleno derecho no se compadece con la necesidad de verificar en su caso que se reúnen las condiciones necesarias para la resolución; verificación a la que se verán abocadas las partes cuando una de ellas pretenda hacer valer tal resolución frente a la otra y esta conteste²⁶⁵². En cualquier caso, si el citado incumplimiento revistiese la suficiente gravedad como para permitir la resolución, se aboga en todo caso por permitir optar al

²⁶⁴⁹ En realidad, como ya decían FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2015, p. 289, con relación al proyecto de la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février*, esos preceptos a los que se remite el art. 1218.2 *Code* poco dicen respecto a lo que sucede con la obligación correlativa. Reiteran la idea respecto a los arts. 1351 y 1351-1 *Code*, señalando, con relación a la liberación del acreedor, que el juez deberá fundamentarla en la propia resolución del contrato obviando la remisión a tales preceptos (FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1017). Del mismo modo, cabría cuestionar la necesidad de mantener los arts. 1351 y 1351-1 *Code*, reguladores de la imposibilidad de cumplir, como formas de extinción de las obligaciones, fuera del régimen del incumplimiento y los remedios. Con relación a los arts. 107 y 108 del *Projet Terré*, MARTIN, 2913, p. 109, es de otra opinión que no puedo compartir. Señala el autor: este asunto podría haberse alojado en la temática de la inejecución contractual. Pero, en realidad, la cuestión no es tanto la preservación del interés del acreedor privado del cumplimiento como la defensa del interés del deudor impedido de cumplir su prestación. Al encontrarse en una situación razonablemente insuperable, debe ser liberado de su deuda, devenida imposible de cumplir, y no sancionado por faltar a su compromiso. Tal imposibilidad, que constituye una causa de liberación del deudor, entiende el autor, encuentra por lo tanto su exacto lugar aquí.

²⁶⁵⁰ Sigo a DESHAYES, 2017, núms. 117-126.

²⁶⁵¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, 2018, pp. 539. Con alguna duda, lo acaban por admitir TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, p. 821.

²⁶⁵² Aluden a este inconveniente, con relación al proyecto de la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février*, FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2015, p. 289. Con posterioridad a la reforma, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, 2018, pp. 821-822; FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1016.

acreedor qué remedio escoger para satisfacer su interés; la resolución, se concluye, ha de ser invocada por el acreedor²⁶⁵³.

En definitiva, todo lo que antecede es síntoma de que la distinción entre dos modalidades de resolución, con una operatividad supuestamente diferente dependiendo de que el incumplimiento sea o no imputable, es del todo improcedente²⁶⁵⁴ y no genera más que confusión al fracturar sin necesidad el régimen del incumplimiento. Y a toda esta complejidad –a la que me he asomado de forma somera– que presenta la nueva regulación del incumplimiento en el *Code français* tras la reforma de 2016 se suma, al igual que se dice con relación a los arts. 1452 y 1124 Cc español, lo que se considera –y ya se consideraba con relación al antiguo art. 1184 *Code*– una *excepción* a la articulación de la teoría de los riesgos o el remedio resolutorio: el régimen de la transmisión del riesgo en los contratos traslativos de propiedad²⁶⁵⁵. Recuérdesse que según he explicado²⁶⁵⁶ es inasumible, al menos desde mi punto de vista, pretender justificar la regla de la transmisión del riesgo en la compraventa apelando a una pretendida plena satisfacción del crédito del comprador que ya ha conseguido lo que pretendía, la transmisión de la propiedad, de forma que las normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa no representan una

²⁶⁵³ DESHAYES, 2017, núms. 128-133.

²⁶⁵⁴ Señala DESHAYES, 2017, núm. 96, que a pesar de esa distinción *a priori* entre la resolución por caso de fuerza mayor y la resolución por incumplimiento imputable, las previsiones de esta última (más completas que las de la anteriores) han de aplicarse a aquella de manera razonable y en la medida en que sean compatibles. Por su parte, CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 572, que también niega que la resolución de pleno derecho del art. 1218 *Code* opere independientemente de la voluntad de las partes, entiende que el recurso del art. 1227 *Code* que prevé la posibilidad de demandar la resolución en justicia es posible con independencia de que el incumplimiento sea o no imputable al deudor. FLOUR/AUBERT/SAVAUX, 2022, p. 1018, apelan a la aplicación *mutatis mutandis* para la resolución que deviene de la fuerza mayor de los arts. 1129 y 1230 previstos para la resolución por incumplimiento imputable del deudor.

²⁶⁵⁵ Así se pronuncian PLANIOL/RIPERT, 1952, p. 563; MAZEAUD/MAZEAUD, 1956, p. 903; CARBONNIER, 2000, pp. 349-350; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, 2018, pp. 817; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, 2018, p. 519.

²⁶⁵⁶ Capítulo 2, II, 2.

excepción a la regla *res perit debitori*²⁶⁵⁷. Incluso en Derecho francés estas particulares normas sobre transmisión del riesgo nos dicen lo que ya sabemos: que hay un incumplimiento del vendedor que no se permite remediar al comprador respecto a la obligación de entrega (pérdida fortuita) en el estado en que la cosa se hallaba en el momento de la perfección del contrato (deterioro fortuito).

Todo lo anterior se presenta pues como un largo e incómodo recorrido obligado por la separación de distintos expedientes –*frustration* y *breach of contract* en Derecho inglés, incumplimiento y teoría de los riesgos en Derecho español y francés– con diferentes soluciones remediales ante la insatisfacción de una de las partes contractuales – que, como hemos visto, en Derecho español se apuesta por dejar atrás, en el ámbito del Derecho francés sigue causando problemas de articulación y en el entorno del Derecho inglés típicamente se desplaza por específicas provisiones en el contrato– y además alterado por la injerencia de las específicas normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa que en el ámbito del ordenamiento jurídico español son en particular cuestionadas (art.

²⁶⁵⁷ El argumento, en cambio, convence a DESHAYES, 2017, núm. 153-156; quien, no obstante, señala que tal presentación de las cosas no vale si la transmisión de los riesgos tiene lugar antes de la transmisión de la propiedad. El autor pone el ejemplo de la existencia de una cláusula de reserva de la propiedad sobre la cosa ya entregada suponiendo que el riesgo ya pesa sobre el comprador. En estos casos, dice, hay que admitir que el mantenimiento del contrato a pesar de la imposibilidad de cumplir (la obligación de transmitir la propiedad, entiéndase) debido a la pérdida de la cosa sí constituye una excepción a la regla de la extinción del contrato en caso de imposibilidad procedente de fuerza mayor. Tras mis explicaciones realizadas en torno a la cláusula de reserva de dominio, se comprenderá que no dé por buenas las explicaciones del autor. Por mucho que no las pueda compartir, me parecen originales las reflexiones de LABBÉ, 1888, pp. 377-379. Para el autor, en la medida que en los contratos traslativos de dominio el acreedor habría obtenido el pleno y completo beneficio esperado del contrato con la transmisión de la propiedad, la regla *res perit domino* se adecua a los principios que rigen los contratos sinalagmáticos y, en consecuencia, *no hay problema alguno* en admitir que el antiguo art. 1184 *Code* era de aplicación incluso en casos de fuerza mayor. No obstante, señala el autor, si se entiende que en los contratos traslativos rige la regla *res perit creditori* y no la regla *res perit domino*, es preciso limitar el art. 1184 *Code* al incumplimiento imputable al deudor para evitar que tal precepto entre en aplicación en los contratos traslativos de propiedad. Como explico en el texto, la doctrina evita esto afirmando que las reglas de transmisión del riesgo en el contrato de compraventa representan una *excepción* a la operatividad de tal precepto.

1452 Cc) por su colisión con el remedio resolutorio (art. 1124 Cc) una vez que este –tras un dilatado proceso que se alinean con una concepción objetivada del incumplimiento– se considera aplicable con independencia de la causa del incumplimiento resolutorio. Pero lo más curioso es que ese largo e incómodo recorrido encontraba en las propias normas relativas al riesgo en la compraventa, al menos en lo que respecta al Derecho español, una vía para su cuestionamiento y quebranto.

En efecto, si el art. 331 Ccom concede al comprador el remedio resolutorio ante el incumplimiento fortuito previo a la entrega –y, como he dicho, tal precepto pensado para el riesgo en la compraventa a término se concilia con la mecánica de la transmisión del riesgo y permite entender que antes de la puesta a disposición *ex arts.* 1452 Cc y 333 Ccom el comprador dispone también de tal remedio– nos encontramos con un dato normativo y expreso que *viene a negar la denominada teoría de los riesgos* y habría allanado el camino –si se hubiese tenido en cuenta– para la comprensión que hoy se tiene del art. 1124 Cc. La denostada y no bien comprendida regulación del riesgo en la compraventa ofrecía datos de interés al respecto.

No es que el art. 1124 Cc se halle situado en los antípodas del art. 1452 Cc como afirma LACRUZ BERDEJO²⁶⁵⁸, ni que entre ambos exista una verdadera incompatibilidad o colisión, como apunta CASTILLA

²⁶⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 42, en nota a pie de página. Distancia el autor el art. 1124 Cc del art. 1452 Cc: «tanto por su origen y finalidad como por sus presupuestos (la “voluntad deliberadamente rebelde”) está pensado para otros propósitos, y en cualquier caso *no derogaría la regla del art. 1452*». La cursiva es del autor. En esta edición de los *Elementos* de Lacruz Berdejo, en esa extensa nota pie de página, el autor toma postura, profundizando en lo dicho en la primera edición de su obra, frente a las explicaciones relativas a la transmisión del riesgo en la compraventa de cuya escritura se encarga su colaborador RIVERO HERNÁNDEZ y donde se introducen ciertas modulaciones o cuestionamientos a la interpretación, digamos, clásica del art. 1452 Cc (LACRUZ BERDEJO / ET AL., 1986, pp. 35-42). En la anterior edición, LACRUZ BERDEJO, 1979, pp. 15-16, no duda en considerar que el riesgo de la cosa «todavía en poder del vendedor diligente» es del comprador apelando a la «invariable tradición histórica de donde procede» el precepto.

BAREA²⁶⁵⁹. Tampoco creo que sea del todo exacto afirmar, como según he explicado hace SAN MIGUEL PRADERA, que el art. 1452 Cc regule la transmisión del riesgo al margen del incumplimiento²⁶⁶⁰. No se ajustará a la concepción de la vinculación contractual y el incumplimiento que hoy manejamos, pero guarda su lógica con la que en su momento se destilaba y en la que el *favor debitoris* hacía acto de presencia como a mi entender reflejan las normas del riesgo en la compraventa que –habré de insistir– articulan su *transmisión* al comprador como una última *ratio*, de ámbito de aplicación restringido, en un llamamiento al comprador para la cooperación en el cumplimiento.

El art. 1452 Cc, y el art. 333 Ccom, no se oponen al art. 1124 Cc sino que se coordinan con él; lo modulan, como dije al comienzo de este apartado, según nos viene a informar el art. 331 Ccom. Y, como también decía más arriba, acaso a nadie interesen ya estas disquisiciones cuando pesa ya demasiado en nuestra conciencia jurídica la admisión del remedio resolutorio cuando el incumplimiento lo justifique, de forma que esas normas especiales sobre el riesgo en la compraventa, por muy estrecho que sea su ámbito, se consideran insólitas. Porque tal incumplimiento resolutorio sería el caso de la clásica pérdida fortuita cuyo riesgo se transmite al comprador y, en consecuencia, ya no se permite remediar al comprador mediante la resolución.

Ni ALONSO PÉREZ es capaz de escapar a la duda sobre la oportunidad del expediente de la transmisión del riesgo. No es capaz de ello, como ya he explicado²⁶⁶¹, ni siquiera en un primer trabajo en el que sostiene

²⁶⁵⁹ CASTILLA BAREA, 2001, p. 423, centrándose en el tratamiento de la imposibilidad sobrevenida. Para la autora, el art. 1452 Cc constituye respecto al art. 1124 Cc una *lex specialis* de aplicación, por tanto, preferente a la de este último precepto; afirmaciones realizadas en un discurso en el que considera el art. 1452 Cc un «elemento distorsionante del sistema de distribución del riesgo contractual» (p. 413).

²⁶⁶⁰ SAN MIGUEL PRADERA, 2004, p. 141.

²⁶⁶¹ Capítulo 1, II, 1, A).

que el art. 1124 Cc descansa en presupuestos de culpabilidad²⁶⁶², ni posteriormente cuando acepta la aplicación de este precepto en caso de incumplimiento no imputable²⁶⁶³. Aunque al poner frente a frente los art. 1452 y 1214 Cc le resulta evidente que no se puede eludir la aplicabilidad del primer precepto en favor del segundo, pues entiende que aquel deja «inoperante» a este, reverbera en sus reflexiones que la resolución del contrato representa un «evidente y quizás superior postulado» frente al *periculum emptoris* por mucho que haya argumentos con que fundamentar esta última regla²⁶⁶⁴. Quizás quepa valorar si conviene o no mantener en la actualidad la regla romana – dice el autor– aunque entiende que la solución bien se justifica en la actualidad por el valor que tiene el crédito en el patrimonio del acreedor; la cosa en el del comprador y el precio en el del vendedor²⁶⁶⁵.

Se esfuerza el autor por exponer los «distintos principios» que regirían ambas doctrinas devenidas de una diversa evolución histórica y que obedecerían, opina, a categorías dogmáticas separadas²⁶⁶⁶; principios de los que destaco aquí una supuesta operatividad automática del riesgo, a diferencia de la resolución, cuando para mí aquí no hay nada de automático sino las consecuencias de un diálogo para el cumplimiento entre el vendedor y comprador expresado en la puesta a disposición. Pero el autor quiere pavimentar el camino para apartar

²⁶⁶² ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 66-67.

²⁶⁶³ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 137.

²⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 133.

²⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 139.

²⁶⁶⁶ Tales principios serían: «la resolución afecta a la relación sinalagmática en su totalidad, disolviéndola o aniquilándola; el *periculum*, tan sólo al riesgo de la contraprestación; la resolución es disolver el contrato, liberar a las partes; el *periculum*, desaparición o menoscabo de la cosa u objeto vendido; la resolución no opera automáticamente, hay que pedirla y, una vez lograda, acaba con la relación contractual; el riesgo opera automáticamente, extinguiendo la obligación imposible y perpetuando, en cambio, la contraobligación. La resolución, por lo demás, es una *facultad-remedio* que pretende dejar satisfecho al contratante cumplidor y, secundariamente, una *sanción* a quien incumple su compromiso y lesiona la *bona fides*; el riesgo es perecimiento o deterioro, desaparición inevitable del contenido prestacional soportado por el acreedor no como sanción, sino por la entidad económico-jurídica del crédito como objeto patrimonial». *Ibidem*, p. 40.

sus dudas y concluir que no hay mayor justicia en la aplicación del art. 1124 Cc que la del 1452 Cc. No obstante, sus argumentos no son decisivos.

No es más justo que el riesgo lo soporte el vendedor, imposibilitado de prestar, en vez del comprador, dice el autor, porque «si la venta era perfecta, la cosa estaba a disposición del comprador²⁶⁶⁷ y el vendedor no obstaculiza la entrega por hechos a él imputables, el crédito o exigencia de la contraprestación ya está vocado [sic] a su patrimonio, así como la cosa al del comprador». Pero en realidad, ese valor patrimonial que representa el crédito para el acreedor –la cosa para el comprador y el precio para el vendedor– está presente en toda relación obligatoria y de ahí no se ha derivado una doctrinal general de la transmisión del riesgo, sino que esta es *especialísima* de la compraventa.

«Quizás lo deseable –dice ALONSO PÉREZ– sea pensar que el riesgo debe corresponder a quien tenga la disponibilidad y el goce sobre la cosa. Pero en este caso exorbitamos el plano obligacional y entramos en el real»²⁶⁶⁸. Pero, con todos los respetos, esta no me parece una apreciación acertada²⁶⁶⁹ porque, en todo caso, nos estamos moviendo

²⁶⁶⁷ Recuérdese que su comprensión de la «puesta a disposición» no es exactamente la misma a la que yo manejo.

²⁶⁶⁸ El autor reflexiona en otro lugar de su obra que, para tratar la cuestión del riesgo, no se debe trascender el ámbito contractual de la compraventa «para llevar la solución del problema y “su mejor justicia” al campo de las relaciones posesorias o dominicales». Entronca su reflexión con el valor patrimonial que otorgar al crédito, pues señala a continuación: «No aseguremos que lo justo es imputar el riesgo a quien está en las cosas, a quien pasivamente disfruta y goza –*uti et frui*– de sus adquisiciones en mayor o menor grado incorporadas a su patrimonio. Esto puede ser cierto, con frecuencia será más justo afirmar que *res perit domino*, o *casus sentit possessor*, por ejemplo. Mas entonces nos olvidamos que quedó a nuestra espalda el campo fructífero de los derechos de crédito, el tráfico acelerado por la cooperación y el devenir económico. Hemos traspasado las fronteras del contrato. Nosotros, con total asepsia jurídica, queremos analizar el riesgo únicamente en la compraventa, dentro de su ámbito contractual». *Ibidem*, p. 148.

²⁶⁶⁹ Lo cierto es que, al recensionar la obra del profesor de Salamanca, MORALES MORENO, 1974, p. 386, señala –respecto a las reflexiones plasmadas en la nota a pie de página anterior– que aunque sea un buen punto de partida, «no ha de olvidarse tampoco que la preferencia de un ordenamiento por una u otra de las soluciones alternativas en juego (obligación de pagar el

en el plano obligacional: entre cumplimiento e incumplimiento del contrato y sus distintas obligaciones. Y la transmisión del riesgo entra en juego para *frenar* las consecuencias del incumplimiento fortuito. Si con esa disponibilidad y goce de la cosa a la que apela el profesor de Salamanca alude al cumplimiento de las obligaciones del vendedor, no habríamos excedido del ámbito contractual para decidir la cuestión del riesgo con base a criterios posesorios o dominicales. Para mí la cuestión de la transmisión del riesgo sencillamente habría desaparecido –porque, como ya sabemos, entra en juego antes del cumplimiento– y el análisis recaería en determinar si hay o no cumplimiento como en cualquier otro contrato.

Ya, en fin, reflexiona el autor que en todo caso hay que decidir quien soporta el riesgo y no hay otra alternativa: el vendedor o el comprador. Y ALONSO PÉREZ declara: «lo que sí me importa evidenciar es que la acción resolutoria ex art. 1124, como subrogado más “justo” del *periculum emptoris*, no resuelve el problema, *simplemente lo desplaza*»²⁶⁷⁰. Pero, de nuevo, no concuerdo con su argumento porque, en verdad, es el fenómeno de la transmisión del riesgo el que ha producido tal desplazamiento; el que crea la especialidad en este contrato. Como he indicado en la introducción de esta investigación, los ordenamientos jurídicos, a través de distintos expedientes, tradicionalmente han considerado que la solución más equilibrada es *repartir el riesgo del contrato* bilateral situando el denominado «riesgo de la prestación» sobre el acreedor y el «riesgo de la contraprestación» sobre el deudor. Es el especialísimo expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa el que junta ambos «riesgos» sobre la cabeza del comprador con la consecuencia de que se le priva de los remedios ante el incumplimiento fortuito: «ha de pagar y no recibir lo esperado a cambio». Y es esta especialidad la que, por mucho que en realidad opere en un ámbito absolutamente

precio en caso de pérdida: riesgo del comprador, o ausencia de tal obligación: riesgo del vendedor) puede venir marcada por el criterio de la propiedad o de la posesión, criterio que debería ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las normas contractuales».

²⁶⁷⁰ ALONSO PÉREZ, 1972, p. 239. La cursiva es añadida.

restringido y haya tenido la oportunidad de explicar su mecánica en torno a la cooperación en el cumplimiento, jamás se librá de su actual halo de mal derecho ni, por supuesto, encaja ya en lo que se considera las directrices basales de la vinculación contractual y el incumplimiento.

Sea como fuere, insistiré, el art. 331 Ccom, como norma integrante de la cuestión del riesgo en la compraventa, muestra que esta disciplina no opera al margen del incumplimiento, y en particular del remedio resolutorio, y supone un cuestionamiento directo a la teoría de los riesgos como categoría jurídica autónoma. No desconozco que los antecedentes del precepto son indicativos de lo contrario. En efecto, el art. 365.1 Ccom de 1829, aludía a la «rescisión [sic] de derecho» del contrato y las Ordenanzas de Bilbao de 1737 apelaban a la «disolución de la negociación, como si no se hubiese celebrado». Pero el legislador de 1885 renuncia a tal bagaje al establecer en el art. 331 Ccom el «derecho a rescindir [sic] el contrato». Según he explicado, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 1882 se afirma que se convierte en voluntaria, a instancia del comprador, la «rescisión forzosa» que impone el art. 365.1 Ccom de 1829²⁶⁷¹.

Lo chocante de este precepto es que concede el remedio resolutorio en un supuesto de mero deterioro fortuito cuando resulta evidente que esta hipótesis merecía otra solución, como por ejemplo una reducción del precio; el segundo de los remedios que están contemplados en el ámbito de la disciplina de la transmisión del riesgo. Hilo este error del art. 331 Ccom, que para mí no puede ser otra cosa que un descuido del legislador al asumir sin cuestionamiento la unión de la pérdida y el deterioro y sus consecuencias en cuanto al riesgo en la compraventa, con este segundo remedio en el apartado que sigue.

²⁶⁷¹ Capítulo 1, III, 4.

B) Reducción del precio

Tal y como indico más arriba, el segundo de los remedios contemplados en el ámbito de la disciplina de la transmisión del riesgo es la reducción del precio; remedio que se halla oculto a la vista en el art. 1452.3 Cc y los arts. 333 y 334.1.º Ccom. Ha de recordarse el destacado protagonismo que en la génesis y posterior desarrollo y regulación de la cuestión del riesgo en la compraventa tuvieron las compraventas de género limitado y, a lo que ahora interesa, las compraventas *ad mensuram*. Como ya he explicado²⁶⁷², a través de esta figura se articulaban compraventas de cosa específicas (la compraventa de todo un conjunto individualmente considerado) o compraventas genéricas (la compraventa de parte de ese conjunto) donde el «contar, pesar o medir», a mi entender, era expresión en ambos casos de la puesta a disposición necesaria para la transmisión del riesgo al comprador.

Pero ese «pesar, contar o medir» podía ser expresión de algo más; concretamente, y como he adelantado en la primera parte de esta investigación, de una reducción del precio. Porque si la compraventa versa sobre un género limitado, ante una eventual pérdida fortuita de parte del género se puede comprender que el «contar, pesar o medir» constituya un ajuste del precio cuando el supuesto no merece, o no interesa al comprador, la resolución. En efecto, recuérdese que hasta la realización de tales operaciones el riesgo corresponde al vendedor y, en consecuencia, se permite reaccionar al comprador frente al incumplimiento.

Comprendo el carácter muy limitado de la reflexión y el ejemplo presentado. Pero hay que recordar que el fenómeno de la transmisión del riesgo en verdad también entra en juego en un ámbito muy limitado. Y ese «contar, pesar o medir» expresa con toda sencillez y simpleza que la cuestión del riesgo en el contrato de compraventa no se reduce a pagar o no pagar; o todo o nada. Como ya he dicho en

²⁶⁷² Capítulo 3, II, 2.

varias ocasiones, es un expediente dinámico y no mecánico. Un sencillo y obviado dato cuestiona complejas construcciones teóricas en torno a la transmisión del riesgo. Además, como he explicado, el recurso a la reducción del precio traído desde la compraventa de géneros también encuentra ejemplo de su aplicación en la compraventa de cosas futuras²⁶⁷³ y permite superar ciertos problemas y dificultades en caso de deterioro a cargo del vendedor en la compraventa sometida a condición suspensiva²⁶⁷⁴ y la compraventa alternativa²⁶⁷⁵. Con lo dicho se observa que se han tenido mayores facilidades para contemplar, en el ámbito del riesgo, dicha reducción de precio en caso de anomalías cuantitativas frente a las anomalías cualitativas; síntoma, quizás, de que nos hallamos ante una doctrina – la de la transmisión del riesgo– cuyos perfiles y fundamentos de largo insondables parecen no haber permitido cuajar su definitiva cristalización. Sea como fuere, detectado dicho remedio en el ámbito de la compraventa de géneros, no se aprecia impedimento alguno para extrapolarlo a los casos de deterioro a riesgo del vendedor.

Acabaré el presente apartado señalando que no creo que pueda verse en las dificultades que acabo de mencionar la razón por la que el art. 331 Ccom concede el remedio resolutorio –resolución automática en el art. 365.1 Ccom de 1829 como su antecedente directo– tanto en caso de pérdida como de deterioro fortuito a cargo del vendedor. De hecho, recuérdese que el antecedente de la norma codificada se encuentra, según expliqué, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, cuyo Capítulo XI, Núm. X, alude a una cantidad *o calidad* de los géneros vendidos que no se corresponde «*en materia substancial*» con lo previsto en el contrato para determinar la «disolución» del contrato; supuesto que cabe concebir propiamente como pérdida y no deterioro y de ahí que tenga sentido que, en la contemplación de tal supuesto, el legislador de 1885 siguiese teniendo en mente la resolución del

²⁶⁷³ Capítulo 3, VI.

²⁶⁷⁴ Capítulo 3, III, 1, B).

²⁶⁷⁵ Capítulo 3, V.

contrato²⁶⁷⁶. Las Ordenanzas de Bilbao determinan que «disuelta la negociación [...], y bolbiendosele los generos al vendedor, estará este obligado á restituir al comprador el dinero [...]»; idea mantenida y erróneamente también extendida por el art. 335 Ccom al supuesto de deterioro²⁶⁷⁷.

Me reafirmo en la apreciación que expuse en su momento y aquí brevemente recuerdo: es en el momento de la codificación cuando el legislador se ve *arrastrado* por toda la inercia histórica que representa el supuestamente indisoluble binomio «pérdida y deterioro»; binomio que recibe el mismo tratamiento cuando el riesgo ha sido transmitido al comprador (ha de pagar el precio, no puede acudir a remedio alguno) pero que no puede recibir el mismo tratamiento cuando el riesgo es del vendedor. A mi entender, nos encontramos ante un error —¿un *lapsus calami*, quizás?— del legislador que obvia o no se percata de que no existe una imagen simétrica entre el supuesto del riesgo a cargo del vendedor y el de riesgo a cargo del comprador.

Siempre se dudará del expediente de la transmisión del riesgo, su justicia, su alcance más o menos perjudicial para el comprador, su razón de ser y fundamento ante una oscura y complejísima regulación legal y, por supuesto, de su actual sentido en atención a la manera en que hoy se comprende la vinculación contractual y el incumplimiento. Yo ya he expuesto mi lectura sobre el alcance de esta disciplina que, en el contexto normativo y comprensión del incumplimiento en que se desenvuelve, no se me presenta como el atentado a la bilateralidad del contrato que desde hace años se ha querido ver. Para mí, el mayor error se encuentra en la regulación que los arts. 331 y 335 Ccom dan al supuesto de deterioro fortuito a riesgo del vendedor.

²⁶⁷⁶ Capítulo 1, III, 4.

²⁶⁷⁷ Art. 335 Ccom: «Si los efectos vendidos perecieren o se deterioraren a cargo del vendedor, devolverá al comprador la parte del precio que hubiere recibido».

2. Remedios ante el incumplimiento: su funcionamiento en ausencia de normas sobre transmisión del riesgo

A) Aproximación a la supuesta necesidad de coordinar transmisión del riesgo e incumplimiento

Retomo aquí el cuestionamiento de la utilidad de las normas sobre transmisión del riesgo y vuelvo a ese escenario en el que he vertido tales previsiones en sede de cumplimiento; *principalmente*, en sede de cumplimiento de la obligación de entrega, porque estas normas indirectamente nos están diciendo en qué consiste entregar, y también en sede de conformidad del bien con el contrato, porque la transmisión del riesgo nos está diciendo cuál es el momento relevante para evaluar el cumplimiento de la obligación de conformidad o, si se prefiere, al entenderse que la apelación al «momento relevante» para apreciar la conformidad del bien es un criterio demasiado rígido, hasta donde alcanza la garantía de conformidad del bien –hasta donde alcanza la esfera de riesgo asumida por el vendedor al respecto– aunque a la postre se entienda que normalmente la falta de conformidad traerá causa de circunstancias cuyo origen se encuentra antes del *momento* en que tiene lugar la entrega²⁶⁷⁸.

La antigua y, a mi entender, superada cuestión de la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro fortuitos –como ya sabemos– se ha reconducido a un análisis del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad. De ahí se sigue que ese eventual problema de coordinación²⁶⁷⁹ entre el expediente de la transmisión del riesgo al comprador y el incumplimiento del vendedor ha de ser replanteado u olvidado; problema al que pretende dar respuesta el art. 70 CVCIM como último de los textos que el capítulo IV del texto convencional dedica a las innecesarias previsiones de la transmisión del riesgo: «Si el vendedor ha incurrido en

²⁶⁷⁸ Recuérdese la genérica afirmación de SCHWENZER, 2010, p. 655: «*Broadly speaking, delivery marks the borderline between the seller's and the buyer's spheres of responsibility*».

²⁶⁷⁹ ALCOVER GARAU, 1991, p. 253, que toma la expresión de Angelici.

incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los arts. 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento».

La norma es del todo desafortunada tanto en el fondo como en la forma; norma que, según explicaré, incluso ha sido tildada de prescindible en el propio contexto normativo de la CVCIM. Un síntoma de que las anteriores apreciaciones son certeras puede ser el hecho de que de todos los textos jurídicos reguladores del contrato de compraventa y la transmisión del riesgo que, inspirados en la Convención, he tratado en este estudio, tan solo uno de ellos se ha hecho eco en cierta medida de este problema de coordinación. Se trata del art. 1452.4 PMCC: «El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros»; previsión que no habría de llegar a convertirse en Derecho vigente pues tampoco habría de serlo el precepto proyectado en su conjunto.

Sobran las normas sobre transmisión del riesgo y la cuestión a preguntarse es de qué problema de coordinación estamos ahora tratando, en qué se traducen estas normas si es que acaso han de pervivir de alguna manera.

De forma general, a mi entender, las anteriores previsiones son la manifestación de la siguiente realidad: que una o unas obligaciones del vendedor previstas en el contrato pueden ser cumplidas y otras no y que el comprador puede acceder al sistema articulado de remedios según sus requisitos y consecuencias ante esas obligaciones incumplidas. Se podrá cumplir la obligación de entrega, pero a lo mejor se incumple la obligación de conformidad; se podrá entregar una cosa conforme, pero no transmitir su propiedad; se podrá transmitir la propiedad del bien en cuestión, pero incumplir la obligación de entrega; se podrá entregar un bien conforme y transmitir la propiedad, pero quizás existen derechos de terceros no contemplados en el contrato; se podrá cumplir la obligación de entrega del bien conforme, pero incumplir la entrega de los documentos

relacionados/relevantes/representativos del bien; en fin, por poner un último ejemplo, se podrá entregar una cosa conforme y transmitir su propiedad libre de derechos de terceros no contemplados en el contrato, pero incumplir la obligación de instalación del bien que correspondía al vendedor; obligación cuyo tratamiento se suele reconducir a una cuestión de conformidad.

El contrato no tiene por qué cumplirse de una sola vez –apreciación quizás perogrullesca a poco que uno piense en contratos de tracto sucesivo– sino a los pocos, porque las partes así lo han buscado o las circunstancias del tráfico en que contratan se lo han requerido o aconsejado –el resultado, en ambos casos, es que la regla de contrato no prevé un cumplimiento de golpe– o porque un incumplimiento interfiere en el cumplimiento. En efecto, en ese progresivo cumplimiento del contrato, proyectado cumplimiento de las distintas obligaciones en las que el contrato se trocea, puede tener lugar el incumplimiento de alguna de ellas junto al cumplimiento de otras; situación en la que la puesta en funcionamiento de los remedios ante el incumplimiento ha de respetar el reparto de riesgos establecido en el contrato. Y esto es algo que, veremos brevemente, no hacen ni la CVCIM ni la PMCC en lo que al fenómeno restitutorio se refiere.

Es el contrato, según hemos visto²⁶⁸⁰, el que diseña el reparto de riesgos entre las partes –qué garantiza cada una, a qué se comprometen, hasta dónde llega su responsabilidad *lato sensu*–; es el contrato el que determina, a lo que ahora interesa, a qué se compromete el vendedor respecto a cada concreta obligación en que se trocea el contrato. Y, producido un incumplimiento, el sistema de remedios entra en juego para salvaguardar el interés del acreedor insatisfecho; a lo que ahora interesa, las legítimas expectativas del comprador amparadas por el contrato. El régimen de los remedios ante el incumplimiento no ha de proteger distintos o mayores intereses del comprador –no ha de ampliar los riesgos asumidos por el vendedor– ni *a priori* ha de dejar atrás sus intereses efectivamente reconocidos en

²⁶⁸⁰ Introducción, II.

el contrato –el *favor debitoris* no ha de regir la posición del vendedor incumplidor–. Cada remedio y sus requisitos han de responder a estas ideas.

El binomio compuesto por el diseño cumplimiento y los remedios ante el incumplimiento cierra el reparto de riesgos en la contratación y expulsa las normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa. En efecto, esa cuestión de reparto de riesgos es a la que en realidad responde con mayor o menor fortuna, y bajo el armazón o apariencia de un problema de coordinación entre normas de transmisión del riesgo e incumplimiento, el art. 70 CVCIM, así como el similar art. 1452.4 PMCC. Procede dedicar unas líneas al precepto de la Convención y ver cómo ha sido tradicionalmente leído, lo cual supone volver de nuevo a la dialéctica de la «transmisión del riesgo», para poder identificar y desvincular de la superada disciplina de la transmisión del riesgo la *concreta* cuestión a la que el precepto atiende *dentro* de ese general reparto de riesgos del contrato en que se enmarca y, posteriormente, proyectar tal cuestión de forma somera sobre el juego de los remedios.

B) Relectura de la supuesta necesidad de coordinar transmisión del riesgo e incumplimiento

La redacción del art. 70 CVCIM, generalmente criticada²⁶⁸¹, viene en gran medida condicionada por su antecedente inmediato, el art. 97.2 ULIS²⁶⁸². Según este precepto, en caso de entrega (*hand over*) de

²⁶⁸¹ Para NICHOLAS, 1987, p. 508, se trata de una redacción elíptica en la medida en que no es evidente en qué sentido los arts. 67 a 69 CVCIM, de no ser por esta previsión, afectarían a los remedios del comprador ante un incumplimiento esencial del vendedor, ni tampoco es clara cuáles son las implicaciones que, esta materia, tendría un incumplimiento no esencial del contrato. También críticos NEUMAYER/MING, 1993, p. 452: «L'énoncé de cet article confirme en des termes malencontreux ce qui va sans dire». Para OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 230, se trata de una fórmula oscura y compleja.

²⁶⁸² Art. 97.2 ULIS: «*In the case of the handing over of goods which are not in conformity with the contract, the risk shall pass to the buyer from the moment when the handing over has, apart from the lack of conformity, been effected in accordance with the provisions of the*

mercaderías no conformes con el contrato, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que la entrega, independientemente de la falta de conformidad de las mercaderías, se realiza de acuerdo con lo previsto en el contrato y la presente Ley siempre que el comprador no declare la resolución del contrato o requiera mercaderías en sustitución. Según se ha dicho, este precepto es la disposición que principalmente conduce a romper en la Convención el vínculo entre la transmisión del riesgo y la entrega²⁶⁸³ pues se trata de la primera manifestación de las múltiples excepciones que fracturan la regla de que el riesgo se transmite cuando se efectúa la entrega (*delivery*) de conformidad con el contrato y la presente Ley (art. 97.1 ULIS²⁶⁸⁴); entrega (*delivery*) entendida como la entrega (*handing over*) de mercaderías conformes al contrato (art. 19.1 ULIS²⁶⁸⁵). No retomo aquí las críticas al vínculo entre la transmisión del riesgo y la entrega así como la formulación tautológica de esta²⁶⁸⁶.

De todas las previsiones de la ULIS sobre la transmisión del riesgo, esta es en su momento la más criticada en la medida en que tal transmisión depende del ejercicio por el comprador de los remedios que tiene a su disposición, los cuales se estructuran de forma compleja y en atención a cada tipo de obligación, y el art. 97.2 ULIS planteaba ciertas confusiones en su aplicación sobre las que aquí no me puedo parar²⁶⁸⁷. También se critica el hecho de que solo se contemple la influencia de la falta de conformidad de las mercaderías sobre la transmisión del riesgo y que se limite a tomar en consideración el

contract and of the present Law, where the buyer has neither declared the contract avoided nor required goods in replacement».

²⁶⁸³ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 943.

²⁶⁸⁴ Art. 97.1 ULIS: «*The risk shall pass to the buyer when delivery of the goods is effected in accordance with the provisions of the contract and the present Law*».

²⁶⁸⁵ Art. 19.1 ULIS: «*Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract*».

²⁶⁸⁶ Capítulo 4, 1.

²⁶⁸⁷ Al respecto, ROTH, 1979, pp. 300-302. Entiende BRIDGE, 2008, p. 102, que en el art. 97 ULIS hay algo de ficticio en la medida en que no se sabe en el momento en que normalmente tendría lugar la transmisión del riesgo cómo va a ser la reacción futura del comprador tras la entrega de cosas no conformes.

remedio resolutorio y el requerimiento de mercaderías en sustitución²⁶⁸⁸, aunque conforme a otras opiniones no parece haber habido inconveniente en tratar en sede de este precepto la relación entre la transmisión del riesgo y la entrega de mercaderías conformes pero en fecha o lugar distintos al previsto en el contrato²⁶⁸⁹; planteamientos en los que también salen a relucir las dificultades de aplicación del precepto en su contexto normativo²⁶⁹⁰.

Sea como fuere, el caso es que a pesar de la muy distinta letra que presentan ambos preceptos²⁶⁹¹ y la diferente dogmática de los textos jurídicos en que se incardinan, hay conciencia común de que, en esencia, ambas disposiciones llegan a la misma solución²⁶⁹². Como dice CAFFARENA LAPORTA, «en lo fundamental uno y otro precepto suponen que el riesgo de la pérdida y deterioro de la cosa corresponde al vendedor en los casos en que el comprador declare resuelto el contrato o reclame la sustitución de las mercaderías ante un incumplimiento del vendedor. No es sólo que se faculte al comprador a servirse de uno u otro remedio aunque la cosa se haya perdido o destruido, *siempre que ello no le sea imputable*, sino que además quien sufrirá la pérdida o deterioro de la misma será el vendedor cuando el comprador utilice cualquiera de los remedios citados»²⁶⁹³.

²⁶⁸⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 223.

²⁶⁸⁹ En contra de estos planteamientos, centrándose en el retraso en la entrega, ROTH, 1979, pp. 303-304.

²⁶⁹⁰ TUNC, 1966, pp. 388-389.

²⁶⁹¹ Como explica sucintamente CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 553, mientras el art. 97.2 ULIS alude al incumplimiento que consiste en la entrega de una cosa no conforme al contrato, el art. 70 CVCIM se refiere al supuesto de incumplimiento esencial y mientras que el primero establece la transmisión del riesgo al comprador siempre que éste no haya declarado la resolución del contrato ni exigido la sustitución de la cosa, al artículo 70 CVCIM se limita a disponer que las reglas de transmisión del riesgo no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento esencial.

²⁶⁹² ALCOVER GARAU, 1991, p. 255, en nota; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 553; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 943. NICHOLAS, 1987, p. 508, dice directamente que las alteraciones realizadas en el art. 70 CVCIM en comparación con el art. 97.2 ULIS son cambios puramente de redacción.

²⁶⁹³ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 553. La cursiva es añadida.

Por eso se puede entender, en cierta medida, que el art. 70 CVCIM apele al incumplimiento esencial. Porque si el art. 70 CVCIM trae causa del art. 97.2 ULIS y este atribuye la pérdida y deterioro fortuitos al vendedor cuando el comprador ejercita el remedio resolutorio o reclama la sustitución de las mercaderías, en la medida en que la Convención exige que el incumplimiento sea esencial para que ambos remedios –resolución y sustitución– puedan ser aplicados [arts. 49.1.a)²⁶⁹⁴ y 46.2 CVCIM²⁶⁹⁵], el art. 70 CVCIM, acaso por inercia al tener presente tales remedios, para articular tal «desplazamiento» del riesgo sobre el vendedor se ve abocado a mencionar el incumplimiento esencial²⁶⁹⁶; noción de incumplimiento prevista por el art. 25 CVCIM²⁶⁹⁷ –precepto de difícil inteligencia y cuyo análisis desborda el presente estudio²⁶⁹⁸– en la que, por un lado, el perjuicio

²⁶⁹⁴ Art. 49.1.a) CVCIM: «El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

²⁶⁹⁵ Art. 46.2 CVCIM: «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». El hecho de que la Convención subordine el derecho a exigir mercaderías en sustitución a que el incumplimiento sea esencial se deriva del contexto internacional en que el texto convencional opera. Se entiende que los costes de transporte que implica el envío de mercaderías en sustitución y la disposición de las que se sustituyen pueden ser tan elevados que no se justificarían si el incumplimiento no fuese esencial. WILL, 1987, p. 338; HONNOLD, 2009, pp. 415-416; ALCOVER GARAU, 1991, p. 258; LÓPEZ LÓPEZ, 1997 (2006), p. 419; SCHROETER, 2010, p. 402.

²⁶⁹⁶ BOLLÉ, 2001, pp. 288-289. Señala OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 241, que la mención del precepto al incumplimiento *esencial* es una reminiscencia de la ULIS.

²⁶⁹⁷ Art. 25 CVCIM: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

²⁶⁹⁸ Reflexionan ALPA/BESSONE, 1981, p. 178, que es una empresa casi desesperada tratar de individualizar el contenido y significado de las distintas acepciones que ha recibido este término. Destaca AUDIT, 1990, p. 119, su tautológica formulación. En cuanto al momento de la previsibilidad del resultado lesivo, a falta de una indicación del precepto, señala HONNOLD, 2009, pp. 276-277, que no hay que estar en todo caso al momento de la conclusión del contrato, sino incluso a un momento posterior en el que se puede tener en cuenta información intercambiada entre las partes tras la celebración del contrato, *pero tampoco demasiado tarde*, en la medida en que el principio de la previsibilidad está designado para dar la oportunidad de

que priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar alude a la importancia del interés que el contrato y sus obligaciones individuales han creado para el acreedor, no a la extensión del daño sufrido²⁶⁹⁹, y, por otro lado, la determinación de importancia de la obligación incumplida –a falta de su fijación en el propio contrato o su evidencia en las negociaciones²⁷⁰⁰– queda sujeta a la regla de la previsibilidad de la parte incumplidora en cuestión (criterio subjetivo) o de la persona razonable (test objetivo)²⁷⁰¹.

Volviendo al art. 70 CVCIM, la formulación del precepto ha sido criticada por la generalidad de la doctrina fundamentalmente con base en dos argumentos. En primer lugar, y lo menos importante, porque si el precepto dice que la transmisión del riesgo no impide el ejercicio al comprador de los remedios ante el incumplimiento *esencial*, quizás podría entenderse *a contrario sensu* que el precepto impide al comprador el ejercicio de los remedios ante un incumplimiento *no*

la parte *que va a cumplir* de conceder especial atención a detalles del cumplimiento la importancia que no pudo en otro caso anticipar. Similar, WILL, 1987, p. 221, exponiendo puntos de vistas distintos. Por eso no tiene mucho sentido que la previsibilidad se sitúe en el momento del incumplimiento como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 218. Para SCHROETER, 2010, p. 415, el momento decisivo es el de la conclusión del contrato, pero acaba apelando también al comportamiento ulterior de las partes (art. 8.3 CVCIM).

²⁶⁹⁹ Así lo remarca SCHROETER, 2010, pp. 401 y 409; quien señala que la extensión del daño que el incumplimiento de una obligación amenaza ocasionar al acreedor puede y tendrá influencia decisiva en la determinación de la importancia que esa obligación tiene en el contrato. Señala GHESTIN, 1990, p. 108, que el término «sustancialmente» «*se réfère aux qualités substantielles qui désignent celles ayant exercé une influence déterminante sur le consentement*».

²⁷⁰⁰ Destaca SCHROETER, 2010, p. 413, que el acreedor pudo haber llamado la atención al deudor sobre su particular interés respecto a la obligación incumplida, aumentando así su importancia.

²⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 414. Apela el autor al art. 8.1 y 2 CVCIM pues, como bien dice, se trata de una cuestión de interpretación del contrato. Si se cumple el test objetivo (esto es, que una persona razonable del mismo sector hubiese previsto la importancia de una particular obligación), el interés es esencial en el sentido del art. 25 CVCIM y la falta de conocimiento o incorrecta apreciación de las circunstancias de la persona en cuestión no podrá excusarle. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997 (2006), p. 217, apela también al art. 8 CVCIM. Aunque el art. 25 CVCIM utilice la conjunción copulativa «y», *a sensu contrario*, como explica el autor, basta con que uno de los test sobre la previsibilidad del perjuicio (el subjetivo o el objetivo) de positivo para que el incumplimiento sea esencial.

esencial en caso de pérdida o deterioro fortuito de las mercaderías tras la transmisión del riesgo; duda mencionada, pero al instante descartada por inaceptable. Se suele mencionar el art. 36 CVCIM para evidenciar lo absurdo del planteamiento, pues sería tanto como decir que el vendedor no responde de la falta de conformidad originada antes de la transmisión del riesgo²⁷⁰². El hecho de que el precepto mencione el incumplimiento esencial, lo acabamos de ver, se debe a esa evocación al art. 97.2 CVCIM para poner de manifiesto que es el incumplimiento esencial del vendedor el que puede producir el «desplazamiento» del riesgo a este después de haber sido transmitido²⁷⁰³. En segundo lugar, y lo más importante, se destaca que el remedio resolutorio no solo procede en caso de incumplimiento esencial del vendedor, sino que también se posibilita a través del art. 49.1.b) CVCIM²⁷⁰⁴ cuando hay un retraso en la entrega; después de que el comprador le hubiera concedido el plazo suplementario previsto en el art. 47.1 CVCIM²⁷⁰⁵ y el vendedor entrega *posteriormente*²⁷⁰⁶, pues el art. 49.2.a) CVCIM permite resolver el contrato dentro de un plazo razonable²⁷⁰⁷. Y la doctrina no duda²⁷⁰⁸ en

²⁷⁰² Sobre la cuestión, CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 558; HEUZÉ, 2000, pp. 340-341; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 240-241; BOLLÉ, 2001, p. 288.

²⁷⁰³ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 558. Con carácter general, dicen NEUMAYER/MING, 1993, p. 452, que la sola mención al incumplimiento esencial en el precepto es demasiado restrictiva.

²⁷⁰⁴ Art. 49.1.b) CVCIM: «El comprador podrá declarar resuelto el contrato: *b)* en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado».

²⁷⁰⁵ Art. 47.1 CVCIM: «El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban».

²⁷⁰⁶ Efectivamente, interesa en el escenario que baraja el art. 70 CVCIM el hecho de que el vendedor *si entregue* con posterioridad al plazo fijado por el comprador porque si el vendedor no entrega, en realidad no hay ese supuesto conflicto entre la transmisión del riesgo y el incumplimiento del vendedor. A falta de entrega, no habría esa supuesta transmisión del riesgo.

²⁷⁰⁷ Art. 49.2.a): «No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: *a)* en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega». El art. 49.2 CVCIM es harto complejo y no procede aquí su análisis. Habré de señalar que si bien en opinión de algunos la aplicación del art. 49.2.a) CVCIM procede para el caso del art. 49.1.a) CVCIM (incumplimiento esencial) y

afirmar que el riesgo también es «desplazado» al vendedor si el comprador resuelve el contrato porque lo contrario sería tanto como admitir una limitación del art. 70 CVCIM sobre el art. 82.2.a) CVCIM al que enseguida me refiero y que, en sede de los efectos de la resolución, no hace distinción para su aplicación si la resolución deviene de un incumplimiento esencial [art. 49.1.a) CVCIM] o del supuesto del retraso en la entrega en el caso previsto en el art. 49.1.b) CVCIM²⁷⁰⁹. Además, se apela a un error en la redacción del propio art. 70²⁷¹⁰, que debería haber prescindido del calificativo «esencial», y se recuerda que en los trabajos preparatorios de la Convención se pretendía *precisamente* que el art. 70 CVCIM también diese cabida al supuesto de la resolución con motivo del retraso en la entrega²⁷¹¹.

Y con lo dicho hasta ahora, ya podemos ir ordenando una serie de ideas.

Primera nota. Ha salido a relucir la obligación de entrega, como no podría ser de otra manera, pues como sabemos las normas sobre transmisión del riesgo nos dicen indirectamente en qué consiste entregar. Y si volvemos sobre ese supuesto problema de coordinación entre la transmisión del riesgo y el incumplimiento del vendedor, nos damos cuenta de que, en realidad, *técnicamente el precepto en absoluto está tratando cuestiones atinentes a la transmisión del riesgo*. Según se suele decir, el art. 70 CVCIM no atiende a un

no para el supuesto del art. 49.1.b) CVCIM (plazo suplementario) (WILL, 1987, p. 364), otros con mayor acierto a mi entender argumentan que el art. 49.2.a) CVCIM es aplicable en todo caso de entrega tardía y con independencia de que se enmarque en el ámbito del apartado a) o b) del art. 49.1 CVCIM (HONNOLD, 2009, p. 439; MÜLLER-CHEN, 2010, p. 760).

²⁷⁰⁸ Ciertas dudas sí que parecen intuirse en el discurso de NICHOLAS, 1987, pp. 510-511, y no queda claro si se posiciona con el parecer común que expongo en el texto o si sostiene lo contrario.

²⁷⁰⁹ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 559; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 254-255; HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 944-945.

²⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 945.

²⁷¹¹ ROTH, 1979, pp. 305-306; quien en alusión al último borrador de la Convención reflexionaba que esa mención al incumplimiento esencial se trataba de un descuido que el autor esperaba que fuese corregido. Repara también en este dato, NICHOLAS, 1987, p. 511; quien mantiene un discurso dudoso al respecto.

incumplimiento del vendedor que determine la pérdida o deterioro tras la transmisión del riesgo. Tampoco contempla el supuesto en que el incumplimiento del vendedor determina que la transmisión del riesgo no tenga lugar. El precepto atiende al caso en que una vez transmitido el riesgo, tiene lugar una pérdida o deterioro *fortuitos* de las mercaderías y el vendedor ha incumplido una u otra obligación²⁷¹² ya sea antes o después de la transmisión del riesgo²⁷¹³.

Como se observa, la situación descrita ha superado el escenario clásico de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa porque, como ya sabemos, tal expediente correctamente delimitado solo entra en juego antes del cumplimiento de la obligación de entrega y las denominadas normas sobre transmisión del riesgo en la Convención nos están diciendo en realidad en qué consiste entregar. La transmisión del riesgo a la que se refiere el precepto coincide con el cumplimiento de la obligación de entrega; obligación que, como se barajaba antes, ha podido retrasarse y, por lo tanto, incumplirse. Pero el caso es que la entrega ha tenido finalmente lugar²⁷¹⁴. Hay entrega, se produce una pérdida o deterioro *fortuitos* posteriormente, hay incumplimiento de esta u otra obligación antes o después de la entrega y, en consecuencia, entran en juego *todos* los remedios en favor del comprador, por supuesto, sujetos a sus respectivos requisitos²⁷¹⁵. Este es el panorama que en realidad visualiza el art. 70 CVCIM; precepto que, a mi entender, en realidad no se interesa por todos los remedios del comprador, sino que en él late particular preocupación por el ejercicio de remedios que producen un efecto restitutorio: la

²⁷¹² ALCOVER GARAU, 1991, pp. 253-254; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 224-225.

²⁷¹³ Así lo remarcan BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 472, eso sí, aludiendo solo al incumplimiento esencial.

²⁷¹⁴ Recuérdese, según lo explicado, lo delicada que es la cuestión en los casos de compraventa con expedición; supuestos en los que incumplimientos relacionados con tal expedición pueden llevarnos a concluir que no ha habido entrega.

²⁷¹⁵ Apuntan VIDAL OLIVARES / OVIEDO ALBÁN, 2016, p. 180, «la transmisión del riesgo supone cumplida la entrega de las mercaderías, sin que por ello deba concluirse que se entienden efectuadas las demás obligaciones del vendedor, como la de conformidad».

resolución y la sustitución²⁷¹⁶. En efecto, el precepto trata de abordar cuestiones restitutorias que siguen a estos dos remedios.

Segunda nota. Por esto último que se acaba de decir se entiende que los comentaristas hilen de inmediato el art. 70 CVCIM con el art. 82.2.a) CVCIM²⁷¹⁷. Cuando el art. 82.1 CVCIM dispone que el comprador «perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido», el art. 82.2.a) CVCIM, entre las distintas excepciones al apartado anterior²⁷¹⁸, establece: «El párrafo precedente no se aplicará: a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste»; precepto respecto del cual cabe dudar²⁷¹⁹ si el comprador queda sometido al estándar del art. 79 CVCIM²⁷²⁰ o a uno menos estricto de diligencia en atención al art. 86.1 CVCIM²⁷²¹. Otras voces, al tratar el acercamiento

²⁷¹⁶ De forma análoga, BOLLÉ, 2001, pp. 288-289: «*The only purpose of this provision is probably to make it clear that the rules of risk do not impair buyer's remedies that have the effect of shifting the risk back on to the seller. Thus, it is likely that the draftersmen had in mind only the right to avoid the contract and the right to require delivery of substitute goods, because these are the only remedies which have the effect of throwing the risk back upon the seller*».

²⁷¹⁷ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, p. 944, hablan de la conjunción entre ambos preceptos. NEUMAYER/MING, 1993, p. 453, dicen que el art. 70 CVCIM prevalece sobre el art. 82.1 CVCIM y se refiere a las excepciones del art. 82.2 CVCIM. La conexión entre ambos preceptos se encuentra en todos los estudios: NICHOLAS, 1987, p. 509; HONNOLD, 2009, pp. 539-541; AUDIT, 1990, pp. 93 y 184; ALCOVER GARAU, 1991, p. 263; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), pp. 555, 556 y 559; HEUZÉ, 2000, p. 339; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 252-253; BRIDGE, 2008, p. 103; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 477.

²⁷¹⁸ Como se ha apuntado, aunque el art. 82.1 CVCIM somete la viabilidad de la resolución a condiciones estrictas, las tres excepciones que introduce el art. 82.2 CVCIM representan incursiones profundas a lo que sería la regla general. HONNOLD, 2009, p. 660; MONTÉS, 1997 (2006), p. 672. BRUNNER/SANTSCHI, 2019, p. 605, dicen que el amplio alcance de las tres excepciones, en realidad, hacen de la regla la excepción.

²⁷¹⁹ Lo remarcan HONNOLD, 2009, p. 662.

²⁷²⁰ En este sentido, TALLON, 1987, p. 608; NEUMAYER/MING, 1993, p. 549.

²⁷²¹ HONNOLD, 2009, p. 663; quien tiene en cuenta tal disposición para apelar a un «*duty of reasonable care but not a standard of absolute liability for loss*». Destaca el autor que,

de los arts. 70 y 82.2.a) CVCIM, parecen evadirse de la cuestión al señalar que la pérdida o deterioro no sean imputables al comprador²⁷²²; que sean fortuitos²⁷²³.

El caso es que, aproximados ambos preceptos, y entendiendo que su lectura conjunta confirma ese «desplazamiento» sobre el vendedor del riesgo por pérdida o deterioro fortuitos tras la transmisión del riesgo [*rectius* entrega], ALCOVER GARAU ha entendido que el art. 70 CVCIM «es inútil y superfluo» porque a los mismos resultados se llegaría omitiendo este precepto a través del art. 82.2.a) CVCIM²⁷²⁴. Y frente a esta apreciación, OLIVA BLÁZQUEZ responde no se puede dudar de la utilidad de aquel precepto porque «sirve para aclarar de forma específica una cuestión bastante discutida y oscura *per se*». El autor considera, «al menos a efectos puramente formales», que el art. 70 CVCIM es adecuado²⁷²⁵; lo cual es tanto como confirmar que en el fondo es prescindible. Y para mí lo es.

Pero lo curioso de la situación es que todo el bagaje que realmente confirma esa posibilidad de «desplazar» el riesgo por pérdida y deterioro fortuitos al vendedor tras la transmisión del riesgo [*rectius* entrega] al comprador en caso de resolución o reclamación de mercaderías en sustitución se encuentra principalmente en el art. 70

aunque los preceptos de la Convención (arts. 82 y 86 CVCIM) literalmente atiendan a la pérdida o deterioro de las mercaderías antes de que el comprador resuelva el contrato [o reclame la sustitución], entiende que estas reglas relativas a la responsabilidad del comprador por tal pérdida y deterioro también han de aplicarse después de que haya acudido a tal remedio. FOUNTOLAKIS, 2010, p. 1121, no atiende al art. 86 CVCIM y parece distinguir la situación antes o después de la resolución o, más bien, del momento en que el comprador conoce o debe conocer la posibilidad de poder devolver. Con anterioridad a tal momento, y trayendo a colación el art. 82.2.c) CVCIM, entiende que el comprador puede hacer un uso normal de las mercaderías. Con posterioridad a tal momento, la autora apela al estándar del art. 79 CVCIM (p. 1125).

²⁷²² ALCOVER GARAU, 1991, p. 264; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 553.

²⁷²³ HEUZÉ, 2000, p. 339; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 253.

²⁷²⁴ ALCOVER GARAU, 1991, p. 263.

²⁷²⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 253.

CVCIM²⁷²⁶ –recuérdese su antecedente, el art. 97.2 ULIS– por muy desafortunada que sea su letra y no tanto en el art. 82.2.a) CVCIM. Hay quien dice que este último precepto no aclara cuál es la suerte del precio cuando el comprador ejercita tales remedios a pesar de la pérdida o deterioro fortuitos²⁷²⁷, pero la doctrina dirige su mirada a las normas sobre «transmisión del riesgo» y en particular al art. 70 CVCIM para confirmar que, efectivamente el riesgo se «retransmite» o «desplaza» al vendedor²⁷²⁸. Y tal «retransmisión» o «desplazamiento» del riesgo por pérdida o deterioro fortuitos que permite el precepto²⁷²⁹ tendrá distinto alcance según el remedio que se aplique; alcance que se suele ejemplificar aludiendo al incumplimiento de entrega de mercaderías no conformes.

En efecto, según se dice, en caso de que el comprador pueda recurrir al remedio resolutorio, el ejercicio de tal remedio le libera de pagar la totalidad del precio o le permite recuperar el pago ya realizado (art. 81 CVCIM) tanto respecto de las mercaderías no conformes como de las que eran conformes en el momento de la transmisión del riesgo [sic] y con independencia de que unas u otras hayan sufrido algún daño fortuito y así las restituya o con independencia de que se hayan perdido por completo y no haya nada que restituir²⁷³⁰. En el supuesto en que el comprador recurra al remedio sustitutorio, el alcance de la reversión del riesgo sobre el vendedor es más limitado que en caso de

²⁷²⁶ Dice GOODFRIEND, 1984, p. 601, que la historia legislativa del art. 70 CVCIM viene a confirmar la posibilidad de «desplazar retroactivamente» el riesgo sobre el vendedor.

²⁷²⁷ En este sentido, MONTÉS, 1997 (2006), p. 676. Se me plantean ciertas dudas sobre su discurso cuando introduce los arts. 66 a 70 CVCIM.

²⁷²⁸ TALLON, 1987, p. 608, con particular mención al remedio resolutorio; BRUNNER/SANTSCHI, 2019, p. 607, aludiendo tanto al remedio resolutorio como a la sustitución de las mercaderías.

²⁷²⁹ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 943-944, dicen que el art. 70 CVCIM sienta el principio [*rectius* regla] de que si el comprador tiene derecho a resolver o exigir mercaderías en sustitución debido al incumplimiento del vendedor, el riesgo por pérdida o deterioro fortuitos, tras la transmisión del riesgo, corresponde al vendedor.

²⁷³⁰ Como dicen NEUMAYER/MING, 1993, p. 453, si no se pueden restituir las mercaderías o las restituye en un estado alterado sin que se deba a un acto u omisión del comprador [arts. 70 y 82.2.a) CVCIM], el vendedor no tiene derecho a hacer valer que la pérdida o deterioro han tenido lugar tras la transmisión del riesgo.

la resolución en la medida en que tal remedio se ciñe a las mercaderías no conformes (art. 46.2 CVCIM). El comprador queda liberado de la obligación de pagar el precio relativo a estas mercaderías independientemente de que hayan sufrido pérdidas o daños fortuitos tras la transmisión del riesgo [sic] y así las restituya o no las pueda restituir; caso en que se dice que el riesgo es del vendedor. Pero el comprador sigue obligado a pagar el precio respecto a las mercaderías conformes por mucho que hayan sufrido pérdidas o deterioros fortuitos tras la transmisión del riesgo [sic]; riesgo que sigue soportando al comprador²⁷³¹. De ahí que hay quien entienda que el comprador preferirá acudir a la resolución²⁷³², aunque otros entiendan que ello no será así en todo caso²⁷³³.

En cambio, se apunta que el ejercicio de los restantes remedios comunes a cualquier incumplimiento contractual de la recogidos en la Convención (se alude a la rebaja del precio, la reparación o la indemnización de daños y perjuicios) no producen el anterior desplazamiento del riesgo, sino que la transmisión es definitiva²⁷³⁴. Pero como decía antes, estos no son los remedios que interesa en verdad al art. 70 CVCIM; remedios sobre los que vuelvo brevemente en el siguiente apartado.

Ante este panorama, se dice que el art. 70 CVCIM posibilita por lo tanto una derogación de la transmisión del riesgo²⁷³⁵ o que la puesta en marcha de la resolución y la sustitución prevalece o tiene prioridad

²⁷³¹ Sigo en esencia el discurso de OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, pp. 246-249, que se centra en daños o deterioros de las mercaderías, entendiendo que es más raro el supuesto en que estas se destruyen (p. 229). La exposición encaja con la apreciación general de los comentaristas. Por ejemplo, CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 555-556; HEUZÉ, 2000, pp. 339-340.

²⁷³² HONNOLD, 2009, p. 543; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 556; HEUZÉ, 2000, p. 340; BOLLÉ, 2001, pp. 285-286.

²⁷³³ Por ejemplo, dice OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 247, que cuando las mercaderías vendidas solo son fabricadas por el vendedor con el que ha contratado, o cuando dicho vendedor es el que las produce con mayor calidad o de forma más económica, el comprador puede tener interés en pedir mercaderías en sustitución y mantener el contrato.

²⁷³⁴ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 558; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 246; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 478.

²⁷³⁵ HEUZÉ, 2000, p. 339.

sobre las normas de la transmisión del riesgo²⁷³⁶. El riesgo –se dice– vuelve sobre el vendedor²⁷³⁷ con carácter «retroactivo»²⁷³⁸ según el alcance del remedio en cuestión. La expresión de la retroacción del riesgo ha sido objeto de crítica²⁷³⁹; crítica que, aunque aceptada por algunos, se tilda de mero conceptualismo jurídico sin trascendencia práctica²⁷⁴⁰. Pero tengo para mí que no se trata de una mera cuestión terminológica, sino indicio del desbarajuste que para mí representa el art. 70 CVCIM y la desubicación de los aspectos que aborda.

Tercera nota. Lo que se acaba de decir me conducen de nuevo a lo señalado en la primera nota: el art. 70 CVCIM *en absoluto está tratando cuestiones atinentes a la transmisión del riesgo* sino cuestiones restitutorias –los *riesgos* de la restitución– porque ha tenido lugar la entrega. Y tales cuestiones restitutorias obviamente no deberían ser evocadas en unas normas, sobre una supuesta transmisión del riesgo, que yo he cuestionado al entender que en esencia son previsiones sobre *cumplimiento* de la entrega y la conformidad, sino que deberían ser exclusivamente abordadas en sede de *incumplimiento*

²⁷³⁶ HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 944; NEUMAYER/MING, 1993, p. 453; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 477.

²⁷³⁷ HONNOLD, 2009, p. 543. «*Is shift back on to the seller*», dice HAGER/SCHMIDT-KESSEL, 2010, pp. 944; «*falls back on the seller*», según BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 478.

²⁷³⁸ ROTH, 1979, p. 302; GOODFRIEND, 1984, p. 601; NICHOLAS, 1987, p. 510; BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 478.

²⁷³⁹ Dice ALCOVER GARAU, 1991, p. 262-263: «más que una retroacción del riesgo, figura de estructuración compleja, lo que sucede es que, tal como se ha expuesto, el hecho de que el riesgo se haya transmitido al comprador no impide la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías con base en un incumplimiento esencial [sic] del vendedor. Es cierto que la consecuencia práctica a la que se llega es la misma, pero el comprador no se ha liberado de pagar el precio por la pérdida o deterioro, sino por el incumplimiento esencial [sic] del vendedor y, por tanto, no ha ejercido las acciones que le competen contra tal pérdida o deterioro, que le están vedadas porque es ésta la consecuencia de la transmisión del riesgo establecida en el artículo 66, sino las que le corresponden contra el incumplimiento esencial [sic] del vendedor. Por eso el riesgo no se retrotrae en ningún momento». Le sigue MEDINA DE LEMUS, 1992, p. 134. También niega la retransmisión GUSTIN, 2001, p. 390.

²⁷⁴⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 251.

y a raíz de los remedios de que traen causa²⁷⁴¹. El art. 70 CVCIM no debería existir.

Recordando lo que en su momento me dijo el profesor MORALES MORENO, una cosa son los «riesgos de ida» y otra cosa los «riesgos de vuelta». Una cosa son los compromisos que las partes de un contrato asumen y dan ejecución a través del cumplimiento, compromisos que delimitan el ámbito de responsabilidad *lato sensu* de cada parte contractual, y otra cosa son los incumplimientos de esos compromisos que hayan podido tener lugar y que activan el sistema de remedios cuya aplicación habría de respetar el reparto de riesgos establecido en el contrato. Y esto, como se ha podido observar, no lo hace la Convención porque, a la postre, hace responder al vendedor, por muy incumplidor que pueda ser, de cuestiones ajenas a los riesgos que ha asumido: pérdidas y deterioros fortuitos posteriores a la entrega de las mercaderías. Esto es un problema del régimen restitutorio que consagra el texto convencional, bagaje –como apuntaba– cuya presencia parece estar más presente y aflorar con mayor evidencia a través del art. 70 CVCIM que del art. 82.2 CVCIM, pero completamente ajeno al clásico régimen de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

Como decía el art. 70 CVCIM no debería existir, pues representa una duplicidad respecto al 82.2 CVCIM, al igual que es inútil el art. 1452.4 PMCC. Este precepto, como tal, no esconde los problemas del tratamiento en sede de restitución como el art. 70 CVCIM, pero apela a un problema de coordinación inexistente. Porque, con todo lo explicado hasta el momento, se comprenderá que afirme que lo que el precepto viene a decir es que el cumplimiento de la obligación de entrega –lo que erróneamente llama «transmisión del riesgo»– no priva al comprador de los remedios en caso de que el bien no fuese conforme al contrato, no se hubiese transmitido la propiedad o el bien

²⁷⁴¹ Dice SEVÓN, 1985, p. 198, que las cuestiones que trata el art. 70 CVCIM no están relacionadas con la transmisión del riesgo. El precepto pretende dar respuesta a cuestiones restitutorias que, a su entender, están mejor resueltas por el art. 82.2.a) CVCIM.

no estuviere libre de derechos de terceros. Y esto es una evidencia que no precisa previsión alguna que la ampare: se puede cumplir una obligación e incumplir otras, como decía más arriba. Lo que sucede es que el precepto arrastra la inercia de la necesidad de encajar unas normas sobre transmisión del riesgo que ya de nada sirven.

C) Remedios y reparto del riesgo del contrato: unas breves reflexiones

La expresión «transmitir el riesgo» no es exclusiva de la clásica doctrina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa porque la comprensión actual del reparto del riesgo en el contrato habrá de evitar que la aplicación de los remedios traslade o transmita de una parte a otra riesgos que a esta o aquella no le corresponden. No obstante, creo que ha quedado patente a lo largo de las anteriores páginas que se ha recurrido a la dialéctica y armazón del antiguo expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa para solucionar cuestiones ajenas al mismo; se ha estirado su uso provocando duplicidades normativas, como he explicado hasta ahora. Ya lo hemos visto en sede de cumplimiento de la obligación de entrega y acabamos de ver otro ejemplo en sede de incumplimiento; ámbito en el que, como decía, la aplicación de los remedios habrían de respetar el reparto de riesgos realizado en el contrato. Brevemente, indico unas cuantas reflexiones al respecto a raíz de algunos, aunque no todos, de los remedios disponibles al comprador en torno a las obligaciones de entrega y conformidad; pues son estas las que absorben el tratamiento de la pérdida y deterioro fortuitos del antiguo expediente de la transmisión del riesgo.

Si volvemos sobre el remedio resolutorio y las consecuencias que se siguen del cuestionable art. 70 CVCIM, no es de extrañar que la doctrina diga que el precepto quebranta y conduce a consecuencias contrarias a los criterios que informan las reglas sobre la «transmisión del riesgo» en los arts. 66 y ss. CVCIM. Se hace soportar el riesgo por

pérdida y deterioros fortuitos a quien no tiene la «posesión» de las mercaderías²⁷⁴², mencionándose en particular –por evidente– el supuesto del art. 69 CVCIM cuando el comprador ha recibido esas mercaderías²⁷⁴³. Se hace soportar el riesgo a quien no tiene el control sobre las mercaderías²⁷⁴⁴ ni se encuentra en mejor situación para reclamar al transportista o al eventual seguro²⁷⁴⁵; circunstancia indeseable en cierta medida aplacada por el criterio de la razonabilidad del plazo para recurrir a la resolución (art. 49.2 CVCIM)²⁷⁴⁶.

Pero estas apreciaciones que, en efecto son ciertas, ya no inspiran lo que se trataría de una reglamentación de la transmisión del riesgo en la compraventa (art. 66 y ss. CVCIM) que introduce en su seno previsiones por las que se auto-boicotea (art. 70 CVCIM). Tales apreciaciones quedan ubicadas detrás del diseño del programa de prestación –lo que ha de cumplir el vendedor, lo que garantiza respecto a la entrega y la conformidad– y son manifestación de que la puesta en marcha del remedio resolutorio y el régimen restitutorio de la Convención no se adecua al reparto de riesgos establecido en el contrato. No me compete ahondar en la crítica al régimen restitutorio previsto en el texto convencional²⁷⁴⁷; régimen considerado inadecuado al no haber configurado, como alternativa a la restitución *in natura*, el recurso a la restitución del valor del bien y que, en consecuencia, conduce a una extensión de la responsabilidad del vendedor²⁷⁴⁸ más allá de lo que había garantizado en el contrato²⁷⁴⁹.

²⁷⁴² AUDIT, 1990, p. 93; HONNOLD, 2009, p. 545.

²⁷⁴³ NICHOLAS, 1987, p. 511; HONNOLD, 2009, p. 545.

²⁷⁴⁴ NICHOLAS, 1987, p. 511; CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 559; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 249.

²⁷⁴⁵ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 559.

²⁷⁴⁶ NICHOLAS, 1987, p. 511; AUDIT, 1990, p. 94; HONNOLD, 2009, pp. 545-546; OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 256.

²⁷⁴⁷ Cfr. FOUNTOLAKIS, 2010, p. 1119.

²⁷⁴⁸ BRUNNER/SANTSCHI, 2019, pp. 603 y 606-607. Los autores se preguntan si sería posible una interpretación correctiva de esta consecuencia. Pero saben que no: el art. 70 CVCIM confirma la problemática solución.

²⁷⁴⁹ Otra es la orientación del art. 7.3.6(2) PICC. Según se explica en el comentario oficial a la versión de 2016, «la norma prevista en el párrafo (2) implica una distribución del riesgo:

Se trata de una solución que en las actuales reflexiones en torno a una eventual y deseable reforma del Código civil español en materia de obligaciones y contratos no se considera un modelo a seguir²⁷⁵⁰; encontrándose en el art. 1488 Cc²⁷⁵¹ otra solución que se considera adecuada y a reformular en una futura reforma del régimen del incumplimiento que, como se comprenderá, no requiere de una norma sobre «transmisión del riesgo» para que quede claro que las pérdidas y deterioros fortuitos posteriores a tal momento [*rectius* entrega] recaen sobre el comprador. Son las propias norma sobre la resolución y la restitución las que deben articular tal consecuencia²⁷⁵².

impone al beneficiario del cumplimiento [por ejemplo, el comprador tras la entrega] la obligación de compensar el valor de dicho cumplimiento si no está en condiciones de restituir la prestación en especie. Esta regla del párrafo (2) se aplica incluso si el beneficiario del cumplimiento es responsable del deterioro o destrucción de lo recibido. Esta distribución del riesgo de deterioro o destrucción se justifica, en especial, porque el riesgo debe correr a cargo de quien tiene el control del cumplimiento. Por el contrario, no existe la obligación de compensar el valor de la prestación cuando su deterioro o destrucción es imputable a la otra parte, bien sea porque se deba a la culpa de la otra parte o sea consecuencia de un defecto inherente al cumplimiento. De allí la norma contemplada en el párrafo (3)». Según se sigue explicando, el escenario que baraja la norma es aquel en que el deterioro o destrucción tiene lugar antes de la resolución del contrato. Si se produce después, se aplican las normas generales del incumplimiento (UNIDROIT, 2018, pp. 288-289).

²⁷⁵⁰ De hecho, sobre la regulación de la restitución en la CVCIM y, en particular respecto a sus soluciones en el art. 82 CVCIM sobre lo que el autor denomina «alteraciones restitutorias», resalta RUIZ ARRANZ, 2022, p. 530, que el de la Convención «constituye un modelo por superar». Remarca el «notable avance» en esta materia que representa la regulación de los PICC (p. 533).

²⁷⁵¹ Art. 1488 Cc: «Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse./ Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses».

²⁷⁵² Al hilo de cuestionar el actual art. 1452 Cc, MORALES MORENO, 2003, pp. 1629-1630, trae a colación el remedio resolutorio y compara el art. 70 CVCIM y el art. 1488 Cc. Apunta que, conforme al texto de la Convención, el ejercicio del remedio resolutorio hace que el vendedor siga soportando el riesgo por pérdida o deterioro fortuito de la cosa. La solución contraria se encuentra en el art. 1488 Cc y la considera preferible. Compendia este trabajo, junto a otros, años después y aprovecha para añadir a renglón seguido: la solución preferible del art. 1488 «resulta de la propia regla de la transmisión del riesgo al comprador [transmisión que, ubica en la entrega, no sin dudas –a mi entender– sobre la necesidad de seguir hablando de tal transmisión]. Si se adopta, no es necesaria una regulación especial» (MORALES MORENO, 2006b, p. 118). La «solución preferible» ha de ubicarse, como digo en el texto, en sede de la

Ciñéndome a la «pérdida y deterioro fortuitos» posteriores a la entrega y reduciendo su análisis al remedio resolutorio por incumplimiento, entre lo más reciente cabe atender al estudio de RUIZ ARRANZ sobre el expediente restitutorio consecuencia de la desvinculación contractual; expediente que concibe como una institución neutra, autónoma y unitaria que tiene como objetivo recuperar el *status quo ante* tras el fracaso del contrato.

Destaca el autor que si en los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, la restitución ha de realizarse preferentemente *in natura*, en los supuestos que el autor encuadra bajo la denominación de «alteraciones restitutorias» como la pérdida o deterioros fortuitos – conceptos que en el estudio del autor, obviamente, trascienden a su comprensión meramente material, a diferencia de lo que un correcto entendimiento del clásico y restringido expediente de la transmisión del riesgo en la compraventa aconseja sostener²⁷⁵³– se ha de restituir el valor de la prestación (pérdida) o la propia prestación junto a su valor perdido (deterioro). Es el deudor de la restitución –a lo que aquí interesa, el comprador– el que «asume el riesgo» de la restitución²⁷⁵⁴.

En un estudio en el que el autor quiere constatar la existencia de un régimen restitutorio unitario en el ordenamiento jurídico español y entiende que el régimen previsto para la acción redhibitoria se puede generalizar, RUIZ ARRANZ pondera la solución que ofrece el art. 1488 Cc²⁷⁵⁵; precepto que separa con claridad la causa que produce el

regulación del remedio resolutorio y no a través de una norma sobre la antigua «transmisión del riesgo»; expediente que pierde su función al querer situarse «la transmisión» en el momento de la entrega. Como ya he dicho en otro lugar, la duda sobre la actual utilidad de las normas de la transmisión del riesgo creo que se encuentra en el discurso del autor: «El momento de la traslación del riesgo al comprador (si es que seguimos hablando de ese momento) debe situarse en el de la entrega de la cosa vendida [...]» (MORALES MORENO, 2003, p. 1629).

²⁷⁵³ Introducción, I.

²⁷⁵⁴ RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 293-294.

²⁷⁵⁵ Aunque se ha sostenido que el art. 1488 Cc contempla la acción estimatoria y no la redhibitoria porque el comprador, en caso de pérdida no está en condiciones de entregar la

fracaso del contrato de la causa que origina la pérdida del bien a restituir y de donde se deriva la siguiente idea: «si la primera no tiene que ver con la segunda, no hay razón alguna para *trasladar al vendedor* el riesgo de pérdida»²⁷⁵⁶. La misma regla ha de observarse para el caso del deterioro²⁷⁵⁷, aplicando los criterios previstos en este precepto, aunque el art. 1488 Cc no prevea directamente el supuesto de deterioro, y con apoyo en lo previsto en el art. 1498 Cc. Como dice MORALES MORENO, «no se puede *trasladar al vendedor el riesgo* de deterioro de la cosa que no provenga de los vicios»²⁷⁵⁸.

Como señalaba, apunta RUIZ ARRANZ que la solución que deriva del art. 1488 Cc es generalizable y, a lo que aquí interesa, aplicable por lo tanto a la restitución para la resolución por incumplimiento, aunque el Código español guarde silencio sobre las normas restitutorias que han de serle aplicables. Como dice el autor, «no en vano, el supuesto más cercano a la resolución que el Código sí regula, el art. 1488 CC, reconoce esa misma regla»²⁷⁵⁹.

En fin, prosigue el autor que la obligación de restituir el valor se debe aplicar independientemente de que la pérdida acontezca antes o después de la desvinculación contractual²⁷⁶⁰, no desconoce la posibilidad de que en caso de cosas genéricas el deudor de la restitución pueda solicitar la restitución del *tantundem eiusdem generis* en lugar del valor²⁷⁶¹, explica que la restitución del valor ha de

cosa al vendedor (MORALES MORENO, 1993, pp. 964-965), se ha sostenido lo contrario en atención a los antecedentes del precepto; en especial, la glosa de GARCÍA GOYENA al art. 1040 del Proyecto de 1851. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1735, en nota; RUIZ ARRANZ, 2022, p. 301, con detenidas explicaciones.

²⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 301. La cursiva es añadida.

²⁷⁵⁷ Con anterioridad, señala MORALES MORENO, 1993, p. 965, al comentar el art. 1448 Cc: el riesgo de la pérdida o deterioro que no sean consecuencia de los vicios –caso fortuito, causa imputable al comprador, erróneamente, dice el autor, denominada por el precepto «culpa del comprador»– corresponde al comprador.

²⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 965. La cursiva es añadida. Le sigue RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 301-302 y 322-323.

²⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 309.

²⁷⁶⁰ *Ibidem*, pp. 323-325.

²⁷⁶¹ *Ibidem*, pp. 327-329.

corresponderse al valor objetivo de la cosa al tiempo de perderse²⁷⁶² determinado en atención al mismo mercado en que tuvo lugar la transacción, y no en la medida del enriquecimiento²⁷⁶³, y que no se puede excepcionar la restitución del valor en atención a la diligencia del deudor restitutorio; tal diligencia no puede ser «criterio para repartir el riesgo», de ahí que se muestre absolutamente crítico con preceptos como el art. 1203.2 PMCC²⁷⁶⁴ o el art. 518-17.2 PAPDC²⁷⁶⁵ que exoneran al deudor de la restitución por resolución de la obligación de prestar el valor de la cosa siempre y cuando hubiese observado la diligencia debida²⁷⁶⁶.

Y todo ello, señala el autor, en coherencia con una comprensión de la restitución por desvinculación contractual como un expediente con el

²⁷⁶² Explica MORALES MORENO, 1993, p. 965, en sede del art. 1488 Cc: «Nótese cómo el valor que se considera es el de la cosa al tiempo de perderse, lo cual implica que puedan correr a cargo del vendedor riesgos que no sean estrictamente los derivados del vicio o consecuencia del mismo. Pueden quedar comprendidos ahí, p. ej.: el deterioro derivado del uso, el menor valor consecuencia del transcurso del tiempo, el deterioro procedente de caso fortuito e incluso el debido a causa imputable al comprador. ¿Se pretende imputar al vendedor tales riesgos? En modo alguno. Lo que ocurre es que esta regla tiene en realidad dos funciones: a) Atribuye al vendedor el riesgo del menor valor de la cosa consecuencia del vicio (no sólo el menor valor que tenía al tiempo de la venta sino también la progresiva depreciación, efecto del incremento del vicio). b) Presume que el deterioro de la cosa anterior a la pérdida es consecuencia del vicio y no de otras causas (uso, caso fortuito, actos del comprador). Por eso imputa ese riesgo al vendedor, fijando la cantidad que éste tiene que devolver al comprador en la diferencia entre el precio pagado y el valor (el menor valor) que la cosa tenía al tiempo de perderse. Tal presunción [...] admite prueba en contrario: que esa pérdida de valor de la cosa, anterior a su pérdida, no es consecuencia de los vicios sino de causa no imputable al vendedor».

²⁷⁶³ RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 358-361 y 366-367.

²⁷⁶⁴ Art. 1203.2 PMCC: «Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida».

²⁷⁶⁵ Art. 518-17.2 PAPDC: Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, debe restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no está obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida».

²⁷⁶⁶ RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 343-347.

que recuperar en la medida de lo posible el *status quo ante* «que cierra la puerta a criterios indemnizatorios o punitivos en esta clase de restitución» frente al acreedor de la restitución, a lo que se suma ese pragmático argumento de que el deudor de la restitución está en mejores condiciones económicas de asegurarse frente al riesgo de pérdida o deterioro que el acreedor de la restitución²⁷⁶⁷.

Y todo ello, en coherencia y sin alterar –añado yo, de vuelta al ejercicio del remedio resolutorio en caso de pérdida y deterioros fortuitos posteriores a la entrega en el contrato de compraventa– el reparto de riesgos que las partes del contrato acordaron en lo que concierne a los compromisos del vendedor respecto de la entrega y la conformidad. La pérdida y deterioro fortuitos posteriores a la entrega son, pues, venturas del comprador y, en su caso, un riesgo del comprador como deudor de la restitución.

El remedio de la reducción del precio también se adecua al reparto de riesgos en el contrato en lo que concierne a la falta de conformidad (antiguo deterioro fortuito en sede del expediente de la transmisión del riesgo). No hace falta volver sobre el art. 70 CVCIM para decir que el precepto permite al comprador recurrir a este remedio en caso de incumplimiento esencial, pero que su empleo no supone un desplazamiento del riesgo sobre el vendedor²⁷⁶⁸. No hace falta volver sobre un equívoco precepto que, como ya dije, en realidad solo se preocupa por aquellos remedios que producen consecuencias restitutorias.

Más bien, habré de señalar lo curioso que puede resultar que el art. 50 CVCIM²⁷⁶⁹ atienda al momento de la entrega y no al de la transmisión

²⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 311.

²⁷⁶⁸ CAFFARENA LAPORTA, 1997 (2006), p. 557.

²⁷⁶⁹ Art. 50 CVCIM: «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato [...]».

del riesgo como punto de referencia para el cálculo de la rebaja del precio, cuando se supone que –en el propio régimen que sienta la Convención– el «momento relevante» para determinar la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad es el de la transmisión del riesgo (art. 36 CVCIM)²⁷⁷⁰; expediente que habría recibido en el texto convencional respuesta separada al de la entrega porque, supuestamente, no siempre serían coincidentes. Ya me he encargado de desmentir esto y no habré de repetirme.

Con todo lo explicado hasta ahora, traducidas las normas sobre transmisión del riesgo en descripción del cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad, se entenderá correcto que el remedio de la reducción del precio tome como referencia la entrega. Pero en la Convención no deja de ser algo anómalo²⁷⁷¹ y ello conduce a una serie de reflexiones en cadena.

A mi entender, el hecho de que este remedio apele al momento de la entrega se debe a que el supuesto más habitual de entrega en que la Convención se presenta como ley aplicable sea aquel en que el vendedor debe poner las mercaderías en poder del transportista. Aquí transmisión del riesgo y entrega, al entender de la Convención, coinciden [cfr. arts. 31.a) y 67 CVCIM].

Pero en los supuestos de compraventa con entrega en plaza se supone que la entrega se cumple con la puesta a disposición [art. 31.c) CVCIM] mientras que el riesgo se transmite con la recepción del comprador [art. 69.1 CVCIM]; de donde se han seguido reflexiones para integrar en el concepto de la entrega no solo la actividad del vendedor sino también la del comprador para que el cálculo de la reducción del precio tenga lugar en el momento en que el comprador recibe las mercaderías²⁷⁷².

²⁷⁷⁰ Capítulo 4, III.

²⁷⁷¹ Remarca la cuestión MÜLLER-CHEN, 2010, p. 775.

²⁷⁷² En este sentido, MÜLLER-CHEN, 2010, pp. 775-776; quien apunta al momento en que el comprador recibe o debería haber recibido.

Lo que sucede es que tal razonamiento también se ha manejado cuando el vendedor cumple la entrega con la puesta en poder del porteador, entendiéndose que el momento de la recepción por el comprador en destino ha de ser el determinante para calcular la reducción del precio; queriéndose dar a la entrega un sentido económico que se correspondería con el hecho de que el valor económico de las mercaderías se determina generalmente de acuerdo con el que posee cuando el comprador se hace cargo de ellas y puede disponer de las mismas. Pero dicho esto, se añade que no se quiere discutir el criterio de la transmisión del riesgo del art. 67.1 CVCIM, de forma que el riesgo de deterioro durante el período de transporte no se puede tener en cuenta para el cálculo de la rebaja del precio *salvo que el vendedor sea responsable del mismo*²⁷⁷³.

Y como quiera que esa apelación al momento de la recepción en destino como una «entrega en sentido económico» sea una discusión justificada en el ámbito de una compraventa internacional que, no solo puede ser objeto de debate²⁷⁷⁴, sino que excede de mis pretensiones en estas reflexiones, de las anteriores explicaciones me interesa destacar lo que sigue: el hecho de que el remedio de la reducción del precio apele al momento de la entrega como el relevante para valorar la no conformidad del bien no habría de impedir el tener en cuenta en tal reducción faltas de conformidad manifestadas posteriormente y que tengan su causa en la esfera de riesgos asumida por el vendedor y de la que debe responder. El caso es cuál sería el momento para calcular tal reducción del precio cuando nos podemos encontrar ante casos de depreciación continúa derivadas de la falta de conformidad. Y quizás, una solución razonable sea estar al momento en que el comprador conoce o debería haber conocido la falta de conformidad en combinación con el criterio de mitigación del daño por su parte.

²⁷⁷³ *Idem*.

²⁷⁷⁴ En contra BRUNNER/ALTENKIRCH, 2019, p. 383. Otra cosa, dicen estos autores es que siendo el *momento* relevante para calcular el valor de las mercaderías el de la entrega, haya planteamientos conforme a los cuales se sostiene que se ha de tener en cuenta los valores del lugar de destino. Pero incluso estos autores se muestran en contra de este último enfoque.

La pretensión de cumplimiento tampoco arrastra consigo duda alguna sobre la alteración del reparto de riesgos del contrato porque, muy brevemente en atención a las dos obligaciones que ahora estamos barajando, bien la falta de entrega a lo sumo somete la posibilidad de exigir el cumplimiento a los requisitos de razonabilidad, excesiva onerosidad, imposibilidad, desproporción etc. que puedan restringir el acceso a este remedio pero no *a priori* el recurso a otros, bien porque en lo que respecta a la falta a la conformidad permanece la referencia a la entrega como criterio seguro y fiable para delimitar el ámbito del riesgo asumido por el vendedor y no extenderlo más allá de lo debido. La ausencia de una norma sobre «transmisión del riesgo» no genera inseguridad alguna. Nótese, por un lado, que el protagonismo de la «imposibilidad» decae como tipología específica de incumplimiento que condicionaría la estructuración de los remedios y pasa a situarse, en la retaguardia, como criterio para evaluar si procede o no la acción de cumplimiento, por otro, que a la restitución derivada del recurso a la sustitución del bien en caso de no conformidad habrán de aplicársele las reflexiones realizadas con relación a la restitución derivada de la resolución y, además, que textos posteriores a la Convención de Viena –ya tratando la pretensión de cumplimiento en general, ya reflejando su regulación en el contrato de compraventa en particular– son más detallados que el texto convencional a la hora de perfilar los condicionantes para la procedencia de este remedio.

Finalmente, y recordando que hemos traducido las normas sobre transmisión del riesgo en normas de cumplimiento de entrega y conformidad, creo que decaen ciertas particularidades que se quieren seguir viendo en torno al supuesto de la «puesta a disposición» y el tradicional «riesgo de la prestación» para las compraventas que recaen sobre géneros. Si volvemos sobre esa trimembre distinción alemana según que la *obligación* del vendedor consista en una *Holschuld* (puesta a disposición), *Schickschuld* (remisión) o *Bringschuld* (traslación), respecto a la primera se explica que el «riesgo de la prestación» ya no recae sobre el vendedor una vez que realiza la puesta a disposición, notificada al comprador, sin perjuicio de que el

«el riesgo de la contraprestación» no recaiga sobre el comprador hasta la recepción²⁷⁷⁵ y un razonamiento similar se ha querido realizar respecto de los arts. 31.c) y 69.1 CVCIM²⁷⁷⁶; remarcándose que si en el texto convencional el cumplimiento de la obligación de entrega determina la «transmisión» del riesgo de la prestación y del riesgo de la contraprestación al comprador, ello se excepciona en el caso del art. 31.c) CVCIM. Aquí, se explica, el «riesgo de la prestación» corresponde al comprador desde el *cumplimiento de la entrega* [sic] sin perjuicio de que el «riesgo de la contraprestación» no «se transmita» a éste hasta la recepción o el incumplimiento de esta obligación²⁷⁷⁷.

No obstante, no me parece un planteamiento aceptable. Hemos traducido las normas sobre transmisión del riesgo de la Convención en normas de cumplimiento y las hemos descrito como supuestos de entrega directa, en origen o destino, de carácter bilateral (puesta a disposición más recepción) o entrega indirecta (puesta en poder del porteador). Y el razonamiento del anterior párrafo es tanto como decir que el comprador se ve *a priori* privado de la pretensión del cumplimiento ante el incumplimiento de la obligación de entrega o la conformidad cuando, tras la puesta a disposición que identifica las mercaderías con el contrato, se produce la pérdida o deterioro fortuitos de estas –que en efecto constituyen un incumplimiento de las obligaciones de entrega y la conformidad– sin perjuicio de que sí tenga acceso a otros remedios. Y no veo la lógica de este planteamiento cuando la puesta a disposición ya solo se configura como una actividad preparatoria *para* cumplir; no veo la ventaja de sostener este enfoque que se alejaría –según indiqué en su momento– de esas políticas que subyacen a las propias normas sobre la transmisión del riesgo de la contraprestación en los arts. 66 y ss. CVCIM que pretenden evitar litigios entre las partes y hacer recaer este riesgo sobre aquel de los dos contratantes que tiene el control de las mercaderías. En efecto, se realizan estas últimas reflexiones en

²⁷⁷⁵ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 358-359

²⁷⁷⁶ ALCOVER GARAU, 1991, p. 182.

²⁷⁷⁷ BRUNNER/KLINGLER/MAUERHOFER, 2019, p. 456.

torno al clásico riesgo de la contraprestación, pero ahora son perfectamente extrapolables al denominado riesgo de la prestación. Todo se ha traducido en cumplimiento o incumplimiento. Y salvo que los propios requisitos de la pretensión de cumplimiento vengan a decir en el caso concreto que no es razonable o posible que el comprador exija el cumplimiento de la obligación de entrega o la conformidad, no veo razón alguna para que *a priori* se vea privado de tal remedio.

Y con esa apelación a la esfera de control, hilo un último y muy breve razonamiento relativo al remedio indemnizatorio y la posible exoneración del vendedor que habilitaría el art. 79 CVCIM²⁷⁷⁸. Excede con creces a este estudio adentrarme en este remedio, el régimen estricto de responsabilidad que representa en atención a requisitos cumulativos previstos en el citado precepto y que hacen de tal posible exoneración casi excepcional²⁷⁷⁹, esa discusión sobre si la exoneración estaría abierta en casos de falta de conformidad de las mercaderías²⁷⁸⁰ o los esfuerzos con los que se ha propuesto releer el

²⁷⁷⁸ Transcribo aquí solo párrafo primero del art. 79 CVCIM: «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se deba a un impedimento ajeno a su voluntad [«beyond his control», dice la versión inglesa] y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias». Es apreciación común que la responsabilidad objetiva que recoge el precepto mejor se hubiese reflejado sustituyendo la expresión «ajeno a su voluntad» por «ajeno a su ámbito de control». TALLON, 1987, p. 579; PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1060; SALVADOR CODERCH, 1997 (2006), p. 636.

²⁷⁷⁹ BRUNNER, 2019, p. 561-562. En opinión de SCHEWENZER, 2010, p. 1067-1069, el precepto recoge cuatro requisitos para que el deudor quede exonerado de responsabilidad. Ha de tratarse de un impedimento (i) ajeno a su esfera de control, (ii) imprevisible e (iii) inevitable. Como bien explica, el deudor es responsable incluso del impedimento ajeno a su esfera de control si cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato. E incluso si no se ha tenido en cuenta en el momento de la conclusión del contrato no se verá exonerado si es posible y razonable para el deudor superar o evitar el impedimento o sus consecuencias. Añade la autora un cuarto requisito para esta exoneración: que el impedimento ajeno a la esfera de control del deudor, imprevisible e insuperable sea *la sola causa* del incumplimiento; requisito sujeto a una serie de precisiones que exceden a este estudio.

²⁷⁸⁰ La niega HONNOLD, 2009, p. 618, en atención al modelo estricto de responsabilidad que sanciona la Convención. SCHWENZER, 2010, p. 1075; BRUNNER, 2019, p. 573, entienden que sí sería posible aplicar el art. 79 CVCIM a la no conformidad aunque señalan que la eventual

art. 1105 Cc con base en el art. 79 CVCIM para objetivar la responsabilidad *stricto sensu* ya evaluada con patrones objetivos²⁷⁸¹. Más allá de señalar que tal régimen estricto de responsabilidad hace que, en lugar de decir que el vendedor responde por los daños y perjuicios cuando el incumplimiento le sea imputable, parezca más adecuado afirmar que responde en todo caso salvo que demuestre el caso fortuito²⁷⁸², existe un evidente paralelismo entre esa

exoneración se produciría en casos extremadamente raros: «*in practical terms –dice el segundo autor citado– the seller has a guarantee liability without possibility of exemption*». Es así que FLECHTNER, 2009, p. 621, señala que no se debe exagerar el alcance de ambas distintas posturas. MORALES MORENO, 2012, pp. 24 y ss., reflexionando con una visión prospectiva, se cuestiona si tal modelo estricto de responsabilidad por falta de conformidad ha de extenderse a toda compraventa con independencia de los sujetos que intervengan en ella. El autor atiende a las compraventas entre empresarios, entre empresarios y consumidores – con particular mención a los vendedores minoristas– y entre particulares.

²⁷⁸¹ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1056 y ss., recuerda el general acuerdo en que la culpa-negligencia del art. 1104 Cc ha de apreciarse conforme a patrones objetivos; a lo que añade que «la expresión “culpa objetiva”, salvo que se admita que la palabra “culpa” se emplea sólo como homenaje a la tradición histórica, tiene mucho de contradicción en los términos». El autor trae a colación el art. 79.1 CVCIM para proponer la siguiente lectura del art. 1105 Cc: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse *al tiempo de contratar* [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables» (p. 1064). Señala el autor que, leído así el precepto, el deudor solo quedaría exonerado de responsabilidad si concurren los tres requisitos definitorios del caso fortuito (impedimento ajeno a la esfera de control, no razonablemente previsible en el momento de contratar e inevitable empleando la diligencia correspondiente a una persona razonable). Concluye señalando: «Se notará que sólo cuando falte, únicamente o también, el tercero de los requisitos citados podrá afirmarse, y aún entonces no con toda propiedad (dado el carácter objetivo del modelo de diligencia) que el deudor responde por culpa-negligencia» (pp. 1068-1069). Recuerda MORALES MORENO, 2006a, p. 53, que Díez-PICAZO, en la edición de sus Fundamentos de 1993, también utiliza la idea de la esfera de control para interpretar el art. 1105 Cc pero que admite que «el marco o ámbito de control del deudor guarda evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes». Un interesante estudio sobre el fundamento de la responsabilidad *strictu sensu*, bien por culpa, bien de responsabilidad objetiva, y la necesidad de buscar un sistema mixto, en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2014, pp. 155-187.

²⁷⁸² Dice PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1060, que conforme al art. 79 CVCIM, para que la parte incumplidora no tenga que responder de los daños objetivamente imputables al incumplimiento es necesario que demuestre los tres extremos que recoge el precepto para la exoneración. MORALES MORENO, 2012, p. 23, tratando específicamente la no conformidad, señala que tal incumplimiento permite al comprador sin otro requisito exigir al vendedor la

responsabilidad *strictu sensu* por el incumplimiento que trae causa de circunstancias provenientes del ámbito de control y esa política que, según vimos²⁷⁸³, informa las normas sobre la supuesta transmisión del riesgo de los arts. 66 y ss. CVCIM que pretende situar tal riesgo de la contraprestación sobre aquel de los contratantes – vendedor o comprador– que mejor esté situado para controlar las mercaderías. Era una política, recuérdese, que parecía no poder aplicarse a todo supuesto; siendo paradigmático el caso de la puesta en poder del porteador en el que el comprador no está en situación de controlar la mercadería. Pero en realidad, esa alusión a la parte que controla las mercaderías para decidir el momento de la transmisión del riesgo no deja de ser otra confirmación de que se está tratando de definir aquello a lo que se ha comprometido el vendedor. Si en el art. 79 CVCIM el ámbito de control apela al funcionamiento, características y naturaleza propias de su organización y actividad para hacerle responder de los daños que de ahí se deriven *en caso de incumplimiento* –porque es un ámbito de «riesgo» asumido por el deudor²⁷⁸⁴; viene a «garantizar» su capacidad de cumplir²⁷⁸⁵– *va de soi* que mientras que las mercaderías se encuentren en ese ámbito de

indemnización de los daños que por esa causa se le han producido. Es el vendedor quien puede exonerarse a través de las causas de exoneración admitidas al efecto. Apunta el autor que tales causas son «el mecanismo jurídico de reparto entre los contratantes del riesgo de la falta de conformidad de la cosa». Puede leerse en el apartado VIII de la Exposición de Motivos de la PMCC: «el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración».

²⁷⁸³ Capítulo 4, I.

²⁷⁸⁴ SCHWENZER, 2010, pp. 1071-1072.

²⁷⁸⁵ SALVADOR CODERCH, 1997 (2006), p. 637, siguiendo a Schlechtriem, recuerda que si el deudor quiere limitar su responsabilidad, ha de especificar los impedimentos concretos que habrán de excluirla. Tras la lectura del art. 1105 Cc a la luz del art. 79 CVCIM, señala PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1067, que hacer responder al deudor por los daños objetivamente imputables al incumplimiento es plenamente congruente con las enseñanzas del análisis económico del Derecho de que procede asignar a cada parte los riesgos que pueden administrar a un menor coste, previniéndolos, asegurándolos o soportándolos (autoasegurándolos). No cabe duda alguna, señala más adelante, de que el deudor responde «no sólo de los hechos propios o de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma».

control no se habrá producido la entrega directa o indirecta. Y si en tal escenario el vendedor logra exonerarse de responsabilidad *stricto sensu* porque el impedimento que causa el incumplimiento de la obligación de entrega o conformidad no se encontraba en la esfera de riesgos, en su sentido más riguroso, propia o asumida, ni era previsible e inevitable, no por ello dejará de responder *lato sentu*, pudiendo el comprador acudir a los restantes remedios, en la medida en que el vendedor ha faltado a su compromiso; a esa garantía o riesgo asumido entendida en un sentido más amplio. La posibilidad del acreedor de acudir al sistema de remedios en general para tutelar su interés insatisfecho es la vía para trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor²⁷⁸⁶. Tal riesgo, por lo tanto, ha sido asumido por este en el contrato al diseñar el programa de prestación; al repartir los riesgos entre las partes en el propio contrato.

III. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR

Ya, en fin, si de acuerdo con lo dicho hasta ahora no hacen falta particulares normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa porque, a través de ellas, se está definiendo de forma indirecta a qué se compromete el vendedor con relación a la entrega y la conformidad del bien –cuáles son los riesgos asumidos respecto de estas dos obligaciones– y, en caso de que se produzca un incumplimiento por su parte, el funcionamiento de los remedios ante el incumplimiento es el expediente a través del cual se asegura que la responsabilidad del vendedor no vaya más allá del riesgo contractualmente asumido, tampoco tales específicas normas sobre transmisión del riesgo son necesarias ante un eventual incumplimiento del comprador para poder afirmar así que, en tal caso el riesgo es suyo.

Como he explicado, el art. 69.1 CVCIM hace una específica alusión al incumplimiento de la recepción del comprador como supuesto en que se transmite el riesgo al comprador; particular efecto que se quiere

²⁷⁸⁶ MORALES MORENO, 2006a, pp. 21-22.

extrapolar a otros supuestos de incumplimiento por parte del mismo sujeto así como al ámbito del art. 67 CVCIM, que no habría previsto las consecuencias del incumplimiento del comprador en cuanto al riesgo, cuando este impide al vendedor realizar «el acto» que determinaría la transmisión del riesgo. Y la alusión a *ese acto* del vendedor, como bien sabemos, es el cumplimiento de la obligación de entrega; obligación que primeramente es la que vienen a describir esas sobrantes normas de transmisión del riesgo.

En realidad, si *cualquier* incumplimiento del comprador impide o da derecho al vendedor a suspender la ejecución de la obligación de entrega, creo que *no existe transmisión del riesgo alguna*²⁷⁸⁷. Sencillamente, hay un incumplimiento por parte de aquel y se abre en favor de este el sistema de remedios al que hará bien en acudir. Una breve alusión a ciertas disposiciones de la CVCIM nos permite captar esta idea, quizás a estas alturas ya evidente.

La antigua imagen de la «transmisión del riesgo» al comprador, en la que se exime al vendedor del riesgo de la prestación mientras espera al comprador con el riesgo de la contraprestación a cargo de este último, ha desaparecido; no hay espera que valga por parte del vendedor. No puede quedarse paralizado ante una falta de recepción de las mercaderías en su sentido más amplio (cfr. el ya estudiado art. 60 CVCIM) ni ante una falta de pago de precio (obligación también formulada de forma muy amplia en el art. 54 CVCIM²⁷⁸⁸) ni ha de buscar en todo caso, como se señaló en su momento, la especificación de las mercaderías con ánimo de «transmitir el riesgo al vendedor». El tener aquí y ahora las mercaderías frente al comprador incumplidor

²⁷⁸⁷ Recuérdese que, en el supuesto de la compraventa con expedición, el vendedor cumple su obligación de entrega en el momento de la puesta en poder del porteador. Y dada la estrecha vinculación existente entre el cumplimiento de la obligación de entrega y la gestión que realiza del transporte, consideré que posteriores incumplimientos relacionados con el pago del precio o la recepción de las mercaderías en destino dan derecho al vendedor a lo que puede técnicamente puede considerarse la suspensión de la obligación de entrega.

²⁷⁸⁸ Lo destaca HONNOLD, 2009, p. 464, a efectos de la fijación del plazo suplementario (art. 63 CVCIM) y habilitar el remedio resolutorio [art. 64.1.b) CVCIM]. También hila los arts. 54 y 64.1.b) CVCIM KNAPP, 1987, pp. 469-470.

(que no se ha hecho cargo de las mercaderías, que no paga en el momento en que procedía su recepción o que, como no ha especificado sus características, así lo ha hecho el vendedor, cfr. art. 65 CVCIM) y mantener tal situación no es el único proceder que compete o que cabe esperar del vendedor.

Un primer paso, en efecto, podrá ser que el vendedor adopte medidas conservativas de las mercaderías en cuestión. Como ya he explicado, en el ámbito de las normas sobre transmisión del riesgo, subrayan los comentaristas que al vendedor se le deja de aplicar el estricto estándar del art. 79 CVCIM y queda sujeto al de diligencia del art. 85 CVCIM²⁷⁸⁹ (y siguientes); estándar objetivo²⁷⁹⁰ de razonabilidad²⁷⁹¹ en la conservación de las mercaderías a la que se verá sometido ya tenga el control físico directo sobre las mercaderías, como será en el caso de las compraventas con entrega directa, o un control más indirecto, como es el caso de la compraventa con entrega indirecta en la que, ante el incumplimiento del comprador del pago del precio contra documentos o pago del precio contra recepción en destino, seguirá en posición de dar las necesarias instrucciones al transportista²⁷⁹².

²⁷⁸⁹ Art. 85 CVCIM: «Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado».

²⁷⁹⁰ BRUNNER/MUSTER, 2019, p. 618.

²⁷⁹¹ MONTÉS, 1997 (2006), p. 685; quien, extrañamente, a mi entender, dice que la obligación de entregar «se convierte» en el deber de adoptar las medidas razonables para la conservación de las mercaderías. A la prudencia y diligencia del vendedor y las medidas razonables que habría adoptado un profesional de su misma condición, alude HEUZÉ, 2000, pp. 341-342. A la actuación de la persona razonable en las mismas circunstancias apela BRUNNER/MUSTER, 2019, pp. 617-618.

²⁷⁹² BARRERA GRAFF, 1987, p. 616; NEUMAYER/MING, 1993, p. 561; MONTÉS, 1997 (2006), p. 686; HEUZÉ, 2000, p. 343.

Pero, insisto, no se piense que se trata de una nueva obligación –esta de conservación que, en efecto, antes del incumplimiento del vendedor no existía como tal²⁷⁹³– como contrapartida a la transmisión del riesgo²⁷⁹⁴ o que la obligación de conservar y la transmisión del riesgo al comprador incumplidor se presentan como expedientes distintos²⁷⁹⁵ o que tal obligación es necesaria precisamente en atención a dicha transmisión²⁷⁹⁶. Sencillamente, la responsabilidad *lato sensu* del vendedor se ve sujeta a un menor estándar, al menos teóricamente, porque su situación es verdaderamente incómoda y, en la práctica, sobre todo en aquellos casos en que la entrega se configura en su modalidad de entrega directa, será casi indestructible demostrar que eventuales pérdidas y deterioros de las mercaderías no se deben a circunstancias provenientes de su propia organización y actividad de la que deba responder.

Hay que distinguir una inmediata y natural actitud en pro de la conservación de las mercaderías por parte del vendedor ante el comprador que incumple para decidir cómo reaccionar, de una conservación más o menos dilatada en el tiempo que sea indicativa de una intención e insistencia del vendedor por el cumplimiento del contrato. Supuesto evidente sería el recurso al depósito de las mercaderías que prevé el art. 87 CVCIM²⁷⁹⁷ que, si bien en el ámbito de los Derechos internos suele configurarse como un mecanismo de

²⁷⁹³ Se equivocan NEUMAYER/MING, 1993, p. 561, cuando señalan que el incumplimiento del comprador en nada modifica la obligación ya existente de conservar las mercaderías. Pero esto no es cierto: no hay expresamente como tal una obligación de conservar las mercaderías hasta el que el vendedor cumple. El sistema de responsabilidad de la Convención no la precisa ni esta encaja en aquel. Como dice BARRERA GRAFF, 1987, p. 616, el deber de preservar las mercaderías impone al vendedor una obligación extraña (foránea) al contrato de compraventa.

²⁷⁹⁴ Así la presenta HEUZÉ, 2000, p. 341.

²⁷⁹⁵ Para MONTÉS, 1997 (2006), p. 686, «parece claro que son cosas independientes» y que si el vendedor incumple el deber de conservación se producirá la consecuencia prevista en el art. 66 CVCIM *in fine* (p. 687).

²⁷⁹⁶ BACHER, 2010, p. 1149.

²⁷⁹⁷ Art. 87 CVCIM: «La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos».

liberación del deudor²⁷⁹⁸ en el ámbito de la Convención se ha dicho que no eximiría al vendedor de su obligación de entrega²⁷⁹⁹. Otro caso sería el ejercicio por parte del vendedor de la facultad de especificar las características de las mercaderías cuando tal especificación, conforme al contrato, corresponde al comprador (art. 65 CVCIM²⁸⁰⁰).

Pero como bien se ha dicho, el vendedor que ante el comprador incumplidor ha de proceder *a priori* adoptar medidas razonables para conservar las mercaderías, no puede mantener indefinidamente las mercaderías a riesgo [supuestamente, diría yo] del comprador²⁸⁰¹. Subyace a los arts. 77 y 85 y ss. CVCIM un principio general (art. 7.2 CVCIM) consistente en el deber de mitigar el propio daño así como el de la contraparte²⁸⁰²; principio que, si bien se manifiesta en esa obligación de conservación, puede desaconsejar el ejercicio de la facultad del art. 65 CVCIM²⁸⁰³, el proceder al depósito e incluso el insistir en el cumplimiento y la conservación. En efecto, esto último

²⁷⁹⁸ Para el Derecho español, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, pp. 191 y ss., sobre el ofrecimiento de pago y la consignación. Arts. 1176 y ss. Cc.

²⁷⁹⁹ BACHER, 2010, p. 1161.

²⁸⁰⁰ Art. 65 CVCIM: «1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas./ 2. El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante».

²⁸⁰¹ FLECHTNER, 2009, p. 666.

²⁸⁰² BRUNNER/MUSTER, 2019, p. 616-617. La apreciación de estos autores es más correcta que la de otros. Por ejemplo, MONTÉS 1997 (2006), pp. 686 y 693, entiende que los arts. 85 y ss. CVCIM son aplicaciones del deber de mitigar *establecido* en el art. 77 CVCIM. Como dice AUDIT, 1990, p. 186 y ss., los arts. 85 y ss. son expresión de un principio general de mitigación del daño pero que no se confunde con lo previsto en el art. 77 CVCIM. Según este precepto, es el acreedor de una obligación incumplida el que debe minimizar sus propias pérdidas de las que el deudor habría de responder, mientras que en aquellos preceptos se trata de evitar a la parte incumplidora un daño: el deterioro o pérdida de las mercaderías que son por hipótesis a su riesgo. En sede del art. 7.2 CVCIM, HONNOLD, 2009, p. 145; BONELL, 1987, p. 81.

²⁸⁰³ Cfr. las explicaciones de HONNOLD, 2009, p. 508.

no le asegura el pago y consideraciones prácticas, como los costes de conservación o eventuales deterioros y menoscabos de las mercaderías en el ínterin, aconsejarán a un vendedor prudente que redisponga de las mercaderías y reclame, en su caso, daños y perjuicios al comprador. Porque ante elevados costes de conservación, depreciaciones de las mercaderías o la no redistribución de las mercaderías²⁸⁰⁴, acaso se tope con una reclamación del comprador, precisamente, por no haber mitigado el daño²⁸⁰⁵. Todas estas consideraciones, se insiste, pueden aconsejar a un vendedor perjudicado por el incumplimiento del comprador y que conserva el control de las mercaderías relevarse a sí mismo de las obligaciones del art. 85 CVCIM, resolver el contrato, disponer de las mercaderías y exigir, en su caso, al comprador la reparación de los daños sufridos²⁸⁰⁶.

Dará seguridad al vendedor acudir cuando antes a la facultad que le reconoce el art. 63 CVCIM y fijar un plazo suplementario razonable para que el comprador cumpla sus obligaciones para facilitarle el recurso al remedio resolutorio²⁸⁰⁷. En efecto, aparte de tener acceso directo a tal incumplimiento en caso de incumplimiento esencial [art. 64.1.a) CVCIM] el ejercicio de la facultad del art. 63 CVCIM le habilita resolver ante el incumplimiento de la obligación de pago del precio o la recepción de las mercaderías tras el transcurso del plazo fijado, sin necesidad de que sea en efecto esencial²⁸⁰⁸; obligaciones – recuérdese– concebidas con gran amplitud por lo que, en consecuencia, se viene a ampliar en gran medida la posibilidad de acudir al remedio resolutorio²⁸⁰⁹ que se vería limitado una vez que el comprador ha pagado el precio (cfr. art. 64.2 CVCIM)²⁸¹⁰.

²⁸⁰⁴ Suele apuntar la doctrina que la facultad del art. 88 CVCIM es, en ocasiones, algo más que una facultad.

²⁸⁰⁵ HONNOLD, 2009, p. 681.

²⁸⁰⁶ FLECHTNER, 2009, p. 681.

²⁸⁰⁷ Díez-PICAZO, 1997 (2006), p. 500.

²⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 505.

²⁸⁰⁹ Recuérdense las explicaciones de CARRASCO PERERA, 2017, p. 1086: el requisito de la esencialidad del incumplimiento no radica sin más en el principio *pacta sunt servanda* o el principio de la conservación del contrato. Aparte del incumplimiento esencial, podemos estar

En definitiva, hay que desprenderse de la idea de la «transmisión del riesgo» al comprador incumplidor porque ello es una evocación de esa espera obligada que el mecanismo de la transmisión del riesgo, tal y como se recoge en nuestra legislación decimonónica, impone al vendedor tras la puesta a disposición (arts. 1452 Cc y 333 Ccom) mientras tanto conserva el bien (art. 1094 Cc) hasta que el comprador (no incumplidor ni en retraso) se presenta a recoger las mercaderías. Pero borrado el espacio donde entraba en juego el expediente de la transmisión del riesgo, eliminada esa obligación de conservar que ya no se precisa²⁸¹¹ y puestos ahora frente a frente cumplimiento e incumplimiento, no hay espera que valga: ante el comprador incumplidor, el vendedor tiene a su disposición los remedios.

ante un incumplimiento resolutorio si está acreditado que los motivos que tiene el acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas, y si los costes de salida del contrato y recuperación del *status quo ex ante* no son irrazonables para ambas partes, incluyendo la parte incumplidora.

²⁸¹⁰ Explica HONNOLD, 2009, pp. 504-505, que los límites de tiempo del torpemente redactado art. 64.2 CVCIM solo se aplican una vez que el comprador ha pagado el precio pues se entiende que el vendedor ha satisfecho su principal interés. Díez-PICAZO, 1997 (2006), pp. 505-506, apunta que el precio ha debido ser pagado en su integridad; de ahí las limitaciones al remedio resolutorio, considerado extremo: el pago íntegro disminuye el interés en la resolución. Explica el autor lo que considera un precepto articulado de forma compleja y difícil inteligencia (64.2 CVCIM).

²⁸¹¹ Introducción, II.

RESULTADOS

Eran dos los objetivos marcados para la presente investigación. De forma sucinta, se trataba de comprender las antiguas normas de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa y valorar su utilidad así como la necesidad de su existencia en los actuales planteamientos que se destilan en el denominado nuevo Derecho de contratos.

En atención a tales objetivos, puede decirse que los resultados esenciales de la presente investigación se reducen a dos:

1. La *Parte Primera* muestra que las específicas normas sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa se justifican si, a pesar del incumplimiento del vendedor, se impide al comprador reaccionar de algún modo frente a dicho incumplimiento y, sin embargo, se le compele a cumplir su obligación de pagar el precio. Solo tiene sentido hablar de transmisión del riesgo en un sistema que le impide acudir a los remedios que procedería aplicar ante el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte a las que tal transmisión alude.

2. La *Parte Segunda* de esta investigación evidencia que las específicas normas sobre transmisión del riesgo no se justifican si, con ocasión de un incumplimiento por parte del vendedor, no se impide al comprador reaccionar de algún modo frente a dicho incumplimiento. No tiene sentido hablar de transmisión del riesgo en un sistema que, de forma apriorística, no impide al comprador acudir al sistema de remedios ante el incumplimiento de las obligaciones del vendedor.

A partir de estos resultados, desarrollo las conclusiones del presente estudio en el siguiente apartado.

CONCLUSIONES

1. En el sistema codificado español, el expediente de la transmisión del riesgo al comprador por pérdida y deterioro fortuitos del bien objeto del contrato (art. 1452 Cc) atiende a dos concretas obligaciones del vendedor: la obligación de entregar la cosa (art. 1461 Cc) y la obligación a entregarla en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato (art. 1468.I Cc). Y en virtud de la transmisión del riesgo, si el vendedor no cumple su obligación de entrega (por pérdida fortuita) o su obligación de entregarla en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato (por deterioro fortuito), el comprador ha de pagar el precio, aunque no vea satisfecho su crédito (art. 1157 Cc); no se le permite reaccionar frente al incumplimiento de la otra parte, esto es, recurrir a *algún* remedio que el fragmentado sistema de responsabilidad que presenta la legislación decimonónica codificada le podría ofrecer.

2. El momento relevante para activar la transmisión del riesgo en el sentido señalado es la *perfección* del contrato; expediente que hunde sus raíces en el Derecho romano de acuerdo con la regla *perfecta emptione periculum est emptoris*. Existe una apreciación común de que el momento de la perfección del contrato a efectos de la transmisión del riesgo se identifica con la conclusión del contrato y el riesgo se transmitiría al comprador desde tal momento. Junto a esta regla general se computan una serie de excepciones. Se considera que la antedicha es una solución que quebranta la más básica bilateralidad del contrato de compraventa de forma que, o bien se acepta a regañadientes, o bien se hace una lectura reduccionista del precepto para eludirlo, o bien se recurren a diversas interpretaciones que tratan de descifrar y profundizar sobre el significado del término perfección a los efectos que nos ocupan. En particular, se considera que contraría la solución que devendría de la aplicación del art. 1124 Cc; precepto que regula con carácter general la resolución del contrato.

3. El expediente de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa no cuenta en el ordenamiento jurídico español con una

regulación bien estructurada, sino con una doble regulación plasmada en nuestra legislación decimonónica codificada en materia de contratos. En esencia, el art. 1452 Cc, por un lado, y los arts. 331, 333 y 334 Ccom, por otro. Tradicionalmente, se ha considerado que son normas inspiradas en principios distintos u opuestos, reglas que ya fueron de problemática interpretación en cada código, por lo que la tendencia ha sido la de separar su análisis. Pero, en realidad, en mi opinión y tal y como he intentado demostrar, son normas idénticas en el fondo, aunque distintas en la forma.

4. El estudio conjunto de las disposiciones del Código civil y del Código de comercio permite concluir que la regulación de la transmisión del riesgo está pensada para una compraventa de ejecución en la plaza del vendedor a la que el comprador se desplaza para que se pueda consumir el intercambio simultáneo de prestación y contraprestación y, en particular, la entrega –entendida como acto bilateral, al exigir la recepción del bien–; el vendedor no puede cumplir sin la cooperación del comprador. Sin embargo, nótese que no son normas pensadas para contratos en las que existe inmediatez entre su conclusión y ejecución, sino que contemplan compraventas de ejecución diferida en el tiempo y sus orígenes históricos apuntan a que surgieron en un contexto comercial. Es el devenir histórico y la técnica de la codificación, que alza el supuesto de la compraventa de cosa determina como paradigma de regulación, la que difumina el contexto para el cual se diseñaron.

5. El estudio conjunto de las normas del Código civil y del Código de comercio muestra que el criterio de la perfección para la transmisión del riesgo al comprador ha cristalizado en la puesta a disposición de la cosa en su favor. El término perfección del contrato en esta materia no equivale a la mera conclusión del contrato. Sobre la polivalencia de dicho término dan cuenta los precedentes históricos y el desarrollo del Derecho francés. Para que tenga lugar la puesta a disposición, es necesaria la concurrencia de cuatro requisitos: en primer lugar, la especificación de la cosa, en segundo lugar, la adscripción de dicha cosa al contrato de compraventa en cuestión, en tercer lugar, que el

vendedor esté listo para entregarla y que se mantenga en un estado de potencial presteza a entregar en cualquier momento y, por último, que el comprador sea conocedor de tal situación de forma tempestiva y no sorpresiva.

6. La puesta a disposición no significa que el vendedor haya cumplido su obligación de entrega, sino que ha hecho todo lo posible para cumplir. Mientras espera a que el comprador reciba el bien puesto a su disposición, el riesgo de la contraprestación recae sobre este último a pesar de que el vendedor todavía no ha cumplido. Se ha considerado que la puesta a disposición consiste en un modo de *traditio*. Pero, de admitirse que esto es así, no es la transmisión de la propiedad lo que justifica la transmisión del riesgo. Este expediente está vinculado al cumplimiento de las obligaciones del contrato; concretamente, las obligaciones indicadas en el núm. 1 de estas *Conclusiones*. La transmisión de la propiedad en el régimen decimonónico español no se configura como una obligación a cargo del vendedor.

7. El régimen de la transmisión del riesgo se articula sobre dos obligaciones accesorias del vendedor: la conservación de la cosa (art. 1094 Cc) y, especialmente, la puesta a disposición (arts. 1452 Cc y 333 Ccom). Por lo tanto, es expresión del principio *favor debitoris* pero, sobre todo, opera como un llamamiento al cumplimiento por parte del vendedor, que tiene el bien listo para ser entregado, para que el comprador acuda a recibir el bien, se realice el intercambio simultáneo de contraprestaciones y la entrega entendida como acto bilateral. No se trata de una regla rígida y automática, sino flexible y adaptable a las circunstancias del caso concreto, y tampoco existe una predisposición del ordenamiento jurídico a que el comprador pague con el riesgo. El art. 331 Ccom muestra que en caso de que se haya fijado un término para la entrega no tiene lugar la transmisión del riesgo. Este expediente, por lo tanto, funciona como una especie de última *ratio* cuando el contrato no concreta las circunstancias del tiempo en el cumplimiento y espolea a las partes a que se dirijan a cumplir.

8. En consideración a lo dicho en el núm. 7 de estas *Conclusiones*, cabe decir que en el ordenamiento jurídico español no rige como tal la máxima *periculum est emptoris*; más bien, realiza un reparto del riesgo entre las partes. Hay casos en los que el riesgo corresponde al vendedor y ello significa, en su caso, que el comprador puede acudir a algún remedio. La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa no es ajena al fenómeno del incumplimiento, sino que realiza una modulación sobre el mismo. En particular, en el seno de esta disciplina se ha plasmado el juego de dos remedios sinalagmáticos: la resolución del contrato y la reducción del precio.

9. En atención a los cuatros requisitos expuestos en el núm. 5 de estas *Conclusiones* que debe reunir la puesta a disposición, ésta se sitúa en un momento muy cercano al de la entrega. Por ello puede decirse que, en efecto, la disciplina de la transmisión del riesgo quebranta hasta cierto punto la bilateralidad del contrato, pero no de la forma tan drástica como tradicionalmente se ha querido ver. Además, se presume la culpa del vendedor en caso de pérdida y deterioro tras la puesta a disposición (art. 1183 Cc); presunción de culpa difícilmente combatible y, a día de hoy, casi indestructible por la progresiva objetivación de la responsabilidad contractual. Por lo tanto, aparte del estrecho ámbito de aplicación de esta disciplina, es de muy difícil triunfo.

10. A pesar de la gran controversia que ha generado en la literatura científica, no se trata de un asunto que haya causado problemas en la práctica. No se localizan sentencias en las que se haga aplicación de esta disciplina por la sencilla razón de que es muy difícil que se den todos sus requisitos y se mantengan prolongados en el tiempo: los contratos se precipitan al cumplimiento o al incumplimiento. Sea como fuere, existe una muy asentada oposición a esta regulación por las consecuencias irremisibles a las que supuestamente conduce, en buena medida sostenidas en el mito y en esa reverberante idea de que «el comprador tiene que pagar». Las críticas se han reforzado en atención a los planteamientos que derivan del nuevo Derecho de contratos y de su concepción del incumplimiento.

11. En el Derecho francés, se ha vinculado la transmisión del riesgo desde la perfección del contrato de compraventa a la transmisión de la propiedad. El precepto original del *Code* de 1804 (art. 1138) era complejo, de difícil interpretación y dio lugar a lecturas diversas; algunas de ellas en contra y otras a favor de tal trabazón. Con la reforma de 2016-2018, el nuevo art. 1196 *Code* reafirma el criterio de que la transmisión del riesgo es consecuencia de la transmisión de la propiedad *solo contractu*. La relación entre ambos fenómenos es el resultado de la cristalización de una evolución histórica no exenta de dudas. Pero es posible detectar un dato que impulsa definitivamente la vinculación entre la transmisión del riesgo y de la propiedad; cierto confusionismo en la interpretación de los autores de la Escuela de Derecho Natural que supuestamente se habrían opuesto a la regla romana *periculum est emptoris* por contraria a la regla de que el riesgo lo debe soportar el propietario y, en consecuencia, contraria a los principios que emanan del Derecho Natural. POTHIER manifiesta esta supuesta duda y los redactores del *Code* quieren solventarla. Los redactores del *Code* quieren mantener la regla *periculum est emptoris*, pero para ello la transforman en *res perit domino*.

12. El término perfección en el ámbito del Derecho francés se utiliza indistintamente para aludir a la conclusión del contrato, la transmisión del riesgo y de la propiedad. Pero no se le otorga, salvo lecturas muy aisladas, el significado de «poner a disposición». Se sigue reflexionando sobre la idea de que la regla es la transmisión del riesgo desde la conclusión del contrato, aunque la cosa sea determinada por el hecho de la automática transmisión de la propiedad. Al lado de este supuesto, se colocan las excepciones, pero en realidad no lo son. Si el sistema traslativo *solo contractu* supone que la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, del riesgo opera *siempre* por efecto del contrato (automatismo) y *a veces* desde la conclusión del contrato (instantaneidad) no hay excepciones de las que hablar.

13. Una comparativa entre la cristalización de la regla romana en el Derecho español y el francés muestra como en este segundo ordenamiento la transmisión del riesgo es más automática y rígida

debido su sistema traslativo de la propiedad en virtud del contrato, perdiéndose –al menos en la teoría– ese dinamismo y cooperación en el cumplimiento que rodean al fenómeno de la transmisión del riesgo en Derecho español y que gira en torno al concepto de la puesta a disposición. Caso evidente es el de la compraventa con un término para la entrega que, a diferencia de lo que ocurre en el español, en Derecho francés no impide la transmisión de la propiedad y del riesgo. Pero en esencia, la cuestión es la misma: en ambos sistemas tiene sentido hablar de transmisión del riesgo porque el vendedor se obliga a entregar una cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la *perfección* del contrato –entendida de forma diversas en cada ordenamiento– y el comprador, aunque pueda ser propietario, ha de pagar el precio sin ver satisfecho su crédito. La transmisión del riesgo, correctamente entendida, mira siempre a la entrega. No es posible entender que con la mera transmisión de la propiedad el comprador queda absolutamente satisfecho y justificar así la mayor justicia de *res perit domino*. La regla presenta problemas cuando la compraventa se celebra con una cláusula de reserva de dominio y tiene lugar la entrega. Conforme al sistema francés, el riesgo sería del vendedor por ser propietario, lo cual se considera una consecuencia indeseable.

14. La reforma de 2016-2018 es de corte clásico y, a lo que ahora interesa, sigue apoyando la solución de la transmisión del riesgo en una obligación de conservar la cosa debida (art. 1197 *Code*). Se trata de planteamientos que, en el ámbito del Derecho español, se quieren dejar atrás. En el ordenamiento jurídico francés no existe como tal una verdadera oposición a la regla *periculum est emptoris*, aparte de aisladas críticas. Lo que existe es un palpable cuestionamiento de si la transmisión del riesgo ha de estar vinculada a la transmisión de la propiedad

15. El Derecho inglés también vincula la transmisión del riesgo a la transmisión de la propiedad (s. 17, s. 18, s. 20 SGA), pero su sistema traslativo separa el contrato de la propia transmisión en una insistencia de que esta última depende de la voluntad de las partes a averiguar mediante un test objetivo apoyado en una serie de *presumptions*

establecidas en la s. 18 SGA. Se presenta lo que sería la «regla general» de la transmisión de la propiedad y del riesgo de la cosa específica desde la conclusión del contrato.

16. La vinculación entre el fenómeno de la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad es resultado de un desarrollo interno del sistema jurídico inglés combinado con influencias procedentes del «*civil law*». Una revisión de algunos *cases* del siglo XIX muestra como la aplicación de la doctrina del riesgo en el contrato de compraventa de ejecución en plaza tenía lugar en un contexto comercial de géneros. En estas resoluciones se realizan reflexiones semejantes a la lectura realizada en la presente investigación sobre la puesta a disposición, pero en torno al concepto del «*deliverable state*» bajo la autoridad de Lord ELLENBOROUGH.

17. Sea como fuere, en la actualidad, no se aprecia la existencia de *cases* o conflictividad sobre la transmisión del riesgo de cosa específica desde el momento de la conclusión del contrato con motivo de la transmisión de la propiedad. Es más, se encuentran reflexiones conforme a las cuales es muy fácil inferir que la voluntad de las partes es diferir la transmisión de la propiedad al momento de la entrega. Del mismo modo, la separación de la transmisión del riesgo y la de la propiedad tiene lugar en la práctica muy extendida de los contratos de compraventa que implican transporte de mercaderías. Ante estas circunstancias, se comprende que no exista una fuerte oposición a las reglas contenidas en la SGA, aunque sí aisladas críticas.

18. Los tres ordenamientos jurídicos analizados muestran como, con sus especialidades, en el ámbito propio que ve nacer las normas de la transmisión del riesgo la idea en esencia sería la misma: aunque el comprador no obtenga la total satisfacción de su crédito, ha de cumplir su obligación de pagar el precio. Por eso he englobado estos ordenamientos bajo la idea común de «un sistema con transmisión del riesgo».

19. La oposición que tradicionalmente existe en el ámbito del Derecho español frente al sistema de la transmisión del riesgo en la compraventa se ha visto reforzada y consolidada por la actual forma de comprender la vinculación contractual (dirigida a la satisfacción del interés del acreedor protegido por el contrato antes que focalizar en la realización de deberes de conducta del deudor), el incumplimiento (noción unitaria y objetiva que acoge toda desviación del programa de prestación y se ha deprendido del presupuesto de la culpa) y la responsabilidad contractual en sentido amplio (un conjunto articulado de remedios dirigido a satisfacer el interés del acreedor en caso de incumplimiento).

20. Actualmente, los antiguos problemas de pérdida y deterioro fortuitos de la cosa sobre los que operaba la clásica transmisión del riesgo se conciben como cuestiones de cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad; cumplimiento e incumplimiento de tales obligaciones que no deja espacio para que opere el efecto de la transmisión del riesgo: dejar *a priori* insatisfecho al comprador que no obtiene su crédito y, a su vez, obligarle a cumplir su obligación de pagar el precio.

21. No obstante, la CVCIM considerada como el instrumento paradigmático en el desarrollo del nuevo Derecho de contratos, conserva normas sobre transmisión del riesgo por pérdida y deterioro separadas de las reglas sobre el cumplimiento de la obligación de entrega y conformidad y las reglas de incumplimiento. Ello ha tenido como consecuencia que, diversos textos jurídicos que la siguen, bien mantienen esas especiales normas sobre transmisión del riesgo, bien – observando una estrecha vinculación con la obligación de entrega– sitúan la transmisión del riesgo en este último momento. Pero ambos planteamientos son prescindibles porque las específicas normas sobre transmisión del riesgo definen indirectamente qué es cumplir con las obligaciones de entrega y conformidad. En este contexto, el pretender situar la transmisión del riesgo en el momento de la entrega es una tautología y duplicidad innecesaria: decir que se transmite el riesgo con la entrega es tanto como decir que «se cumple cuando se cumple».

22. Es posible reescribir las normas sobre transmisión del riesgo en sede de entrega y conformidad, evitando repeticiones innecesarias sobre individualización de las mercaderías, solucionando faltas de precisión en las normas que regulan la entrega así como duplicidades entre estas y las supuestas normas sobre transmisión del riesgo, realizando ciertos ajustes en las normas sobre el intercambio simultáneo de las contraprestaciones y las obligaciones del comprador y concediendo a la puesta a disposición la trascendencia que en realidad representa como acto preparatorio para la entrega.

23. En el ámbito de la compraventa con entrega directa, queda superada la comprensión de la obligación del vendedor como puesta a disposición. La entrega es, en todo caso, un acto bilateral que requiere la cooperación de ambas partes. En el supuesto de la compraventa que implica el transporte de mercaderías, la entrega se concibe como la puesta en poder del porteador. Pero se trata de un supuesto delicado en el que, las obligaciones relativas a la expedición de las mercaderías, así como eventuales incursiones en el contrato de transporte por parte del vendedor, pueden conducir a la conclusión de que no ha habido entrega. En realidad, esta modalidad de compraventa podría ser la *emptio perfecta* de nuestro tiempo, pero es posible articularla en sede de entrega y prescindir también de una regulación sobre el riesgo.

24. La obligación de conformidad del bien ha trascendido en cierta manera a su evaluación en el *momento* de la entrega, en la medida en que la garantía de conformidad comprende no solo la materia sino también la potencia del bien para alcanzar determinados resultados garantizados por el contrato. Sea como fuere, se suele comprender que la esfera de riesgos asumida por el vendedor viene delimitada por el momento de la entrega, siendo responsable por las faltas de conformidad que tienen su origen con anterioridad a tal momento.

25. La existencia de una obligación de transmitir la propiedad tampoco requiere que existan normas sobre transmisión del riesgo como, en cambio, se plantea en el § 446 BGB (cfr. en similar sentido el § 447 BGB) para los casos en que existe una cláusula de reserva de

dominio. Hay que distinguir los riesgos de la entrega y la falta de conformidad de los riesgos de la transmisión de la propiedad libre de derechos de terceros (titularidad y ejercicio de facultades del derecho de propiedad) que las partes pueden repartir en el contrato según sus intereses. El análisis del cumplimiento e incumplimiento de la entrega y conformidad va por un lado y el de transmisión de la propiedad libre de derechos de terceros por otro.

26. De la misma forma que no son precisas normas sobre transmisión del riesgo porque pueden ser reescritas y vertidas en sede de entrega y conformidad, tampoco son necesarias ante un eventual incumplimiento del comprador para «proteger» al vendedor. El incumplimiento del comprador no supone transmisión del riesgo alguna y sencillamente nos encontramos ante un escenario en el que el vendedor tiene a su disposición el sistema de remedios.

27. Tanto el diseño del contrato como el ejercicio de los remedios ante su eventual incumplimiento son expresión de lo que cada parte contractual garantiza; los riesgos que asumen. Cumplimiento e incumplimiento no dejan espacio para que opere en su esencia la doctrina de la *transmisión del riesgo* que se dirigía precisamente a dejar a insatisfecho al comprador y hacerle cumplir. El contrato y, en su caso los remedios, producen el *reparto de riesgos* querido por las partes: el primero dice cuál es el compromiso de cada una, y los segundos les hacen responder por ello; ni por más (art. 70 CVCIM), ni por menos (*favor debitoris*).

28. En definitiva, puede existir un sistema sin específicas normas sobre transmisión del riesgo en la compraventa. No puede existir un sistema sin reparto de riesgos. Y si en este segundo sistema se sigue hablando de transmisión del riesgo, no es en el primer y originario sentido, sino en el segundo.

CONCLUSIONS

1. Dans le système codifié espagnol, le transfert du risque à l'acheteur pour la perte et la détérioration fortuites de l'objet du contrat (art. 1452 Cc) repose sur deux obligations bien déterminées du vendeur: l'obligation de délivrer la chose (art. 1461 Cc) et celle de la délivrer dans l'état dans lequel elle se trouvait au moment de la perfection du contrat (art. 1468.I Cc). Et en vertu du transfert du risque, si le vendeur n'exécute pas son obligation de délivrer (par suite de perte fortuite) ou son obligation de délivrer la chose dans l'état où elle se trouvait au moment de la perfection du contrat (par suite de détérioration fortuite), l'acheteur doit payer le prix, même si sa créance n'est pas satisfaite (art. 1157 Cc); il n'est pas autorisé à réagir à l'inexécution de l'autre partie, c'est-à-dire à recourir à n'importe quel remède que le système de responsabilité fragmenté de la législation codifiée du XIXe siècle pourrait lui offrir.

2. Le moment pertinent pour activer le transfert du risque dans le sens indiqué est la *perfection* du contrat; un phénomène qui trouve ses racines dans le droit romain, conformément à la règle *perfecta emptio periculum est emptoris*. Il est communément admis que le moment de la perfection du contrat aux fins du transfert du risque est identifié avec la conclusion du contrat et que le risque serait transféré à l'acheteur à partir de ce moment. À cette règle générale s'ajoutent un certain nombre d'exceptions. La solution susmentionnée est considérée comme une solution qui viole la nature bilatérale la plus fondamentale du contrat de vente. C'est pourquoi, soit on l'accepte à regret, soit on fait une lecture réductrice du précepte pour l'éviter, soit on recourt à diverses interprétations pour tenter de déchiffrer et d'approfondir le sens du terme perfection pour les objectifs en question. En particulier, on considère qu'elle contredit la solution qui résulterait de l'application de l'art. 1124 Cc; une disposition qui règle généralement la résolution du contrat.

3. La thématique du transfert du risque dans la vente ne dispose pas d'une réglementation bien structurée dans le système juridique

espagnol, mais plutôt d'une double réglementation incarnée dans notre législation codifiée du XIX^e siècle sur les contrats. En substance, l'art. 1452 Cc, d'une part, et les art. 331, 333 et 334 Ccom, d'autre part. Traditionnellement, on a considéré qu'il s'agissait de règles inspirées par des principes différents ou opposés, règles dont l'interprétation était déjà problématique dans chaque code, de sorte que la tendance a été de séparer leur analyse. Mais, en réalité, à mon avis et comme j'ai essayé de le montrer, ils sont identiques dans le fond, bien que différents dans la forme.

4. L'étude conjointe des dispositions du Code civil et du Code de commerce permet de conclure que la réglementation du transfert du risque est conçue pour une vente à exécuter au domicile du vendeur auquel l'acheteur se déplace afin que l'échange simultané de la prestation et de la contre-prestation puisse avoir lieu et, en particulier, la délivrance - comprise comme un acte bilatéral, exigeant la réception de la marchandise ; le vendeur ne peut accomplir sa prestation sans la coopération de l'acheteur. Il convient toutefois de noter qu'il ne s'agit pas de règles visant des contrats dans lesquels il y a une instantanéité entre leur conclusion et leur exécution, mais qu'elles envisagent des ventes à exécution différée dans le temps et que leurs origines historiques indiquent qu'elles sont nées dans un contexte commercial. C'est le déroulement historique et la technique de la codification, qui pose l'hypothèse de la vente de chose déterminée comme paradigme de la réglementation, qui brouille le contexte pour lequel elles ont été conçues.

5. L'étude conjointe des règles du Code civil et du Code de commerce montre que le critère de la perfection pour le transfert des risques à l'acheteur s'est cristallisé dans la mise à sa disposition de la chose en son faveur. Dans ce contexte, le terme perfection du contrat n'est pas équivalent à la simple conclusion du contrat. Les précédents historiques et l'évolution du Droit français témoignent de la polyvalence de ce terme. Pour que la mise à disposition ait lieu, quatre conditions doivent être remplies: premièrement, la spécification de la chose, deuxièmement, l'identification de cette chose au contrat de

vente en question, troisièmement, que le vendeur soit prêt à la délivrer et qu'il soit maintenu dans un état de disponibilité potentielle pour la livrer à tout moment et, enfin, que l'acheteur ait connaissance de cette situation en temps utile et sans surprise.

6. La mise à disposition ne signifie pas que le vendeur a accompli son obligation de délivrance, mais qu'il a tout mis en œuvre pour le faire. En attendant que l'acheteur le reçoive avec le bien mis à sa disposition, le risque de la contre-prestation incombe à ce dernier alors même que le vendeur n'a pas encore accompli sa prestation. Il a été jugé que la mise à disposition est une forme de *traditio*. Mais si l'on admet qu'il en soit ainsi, ce n'est pas le transfert de propriété ce que justifie le transfert de risque. Ceci est lié à l'exécution des obligations du contrat, à savoir les obligations indiquées au n.º des présentes *Conclusions*. Le transfert de propriété dans le régime espagnol du XIXe siècle n'est pas une obligation imposée au vendeur.

7. Le phénomène du transfert du risque repose sur deux obligations accessoires du vendeur: la conservation de la chose (art. 1094 Cc) et, surtout, la mise à disposition (art. 1452 Cc et 333 Ccom).

Il s'agit donc d'une expression du principe *favor debitoris*, mais surtout d'un appel à l'exécution de la part du vendeur, qui a le bien prêt à être délivré, afin que l'acheteur vienne recevoir le bien, que l'échange simultané de contre-prestations et la délivrance comprise comme un acte bilatéral aient lieu. Il ne s'agit pas d'une règle rigide et automatique, mais d'une règle flexible et adaptable aux circonstances du cas concret, et il n'existe pas non plus de prédisposition dans le système juridique pour que l'acheteur supporte le risque. L'art. 331 Ccom montre qu'en cas de fixation d'un terme pour la délivrance, le transfert des risques n'a pas lieu. Cette disposition fonctionne donc comme une sorte de dernier recours lorsque le contrat ne précise pas les circonstances du temps pour exécuter le contrat et incite les parties à accomplir.

8. Compte tenu de ce qui a été dit au n.º 7 des présentes *Conclusions*, il faut dire que dans le système juridique espagnol, la maxime *periculum est emptoris* ne s'applique pas en tant que telle; le risque est plutôt distribué entre les parties. Il y a des cas où le risque correspond au vendeur, ce qui signifie, le cas échéant, que l'acheteur peut avoir recours à un remède en cas d'inexécution. Le transfert des risques dans le contrat de vente n'est pas étranger au phénomène de l'inexécution du contrat, mais il le module. En particulier, au sein de cette discipline, le jeu de deux remèdes synallagmatiques a fait son apparition: la résolution du contrat et la réduction du prix.

9. Au vu des quatre exigences énoncées au n.º 5 des présentes *Conclusions* qui doivent être satisfaites par la mise à disposition, celle-ci est très proche du moment de la délivrance. On peut donc dire que la discipline du transfert de risque porte effectivement atteinte, dans une certaine mesure, à la nature bilatérale du contrat, mais pas de manière aussi radicale qu'on l'a traditionnellement considéré. En plus, la faute du vendeur est présumée en cas de perte et de détérioration après la mise à disposition du bien (art. 1183 Cc); une présomption de faute difficile à contester et, de nos jours, presque indestructible en raison de l'objectivation progressive de la responsabilité contractuelle. Par conséquent, outre le champ d'application restreint de cette discipline, il est très difficile de la faire triompher.

10. En dépit de la grande controverse qu'elle a suscitée dans la littérature scientifique, cette question n'a pas posé de problèmes dans la pratique. On ne trouve pas d'arrêts dans lesquels cette discipline est appliquée pour la simple raison qu'il est très difficile de satisfaire à toutes ses exigences et de les maintenir dans le temps: les contrats sont précipités vers leur accomplissement ou leur inexécution. Quoi qu'il en soit, il existe une opposition bien établie à cette réglementation en raison des conséquences irrémissibles auxquelles elle est censée conduire, en grande partie soutenues par le mythe et l'idée réverbérante que "l'acheteur doit payer". Les critiques ont été renforcées au vu des orientations découlant du nouveau droit des contrats et de sa conception de l'inexécution.

11. Dans le Droit français, le transfert du risque est lié à la perfection de la vente et au transfert de propriété. La disposition originale du Code de 1804 (art. 1138) était complexe, difficile à interpréter et a donné lieu à différentes interprétations, certaines contre et d'autres en faveur d'un tel lien. Avec la réforme 2016-2018, le nouvel art. 1196 Code réaffirme le critère selon lequel le transfert du risque est une conséquence du transfert de propriété *solo contractu*. La relation entre les deux phénomènes est le résultat de la cristallisation d'une évolution historique qui n'est pas exempte de doutes. Cependant, il est possible de constater un fait qui pousse définitivement le lien entre le transfert du risque et la propriété; une confusion dans l'interprétation des auteurs de l'Ecole de Droit Naturel qui se seraient opposés à la règle romaine *periculum est emptoris* comme étant contraire à la règle selon laquelle le risque doit être supporté par le propriétaire et, donc, contraire aux principes émanant du Droit Naturel. POTHIER exprime ce doute supposé et les rédacteurs du Code veulent le lever. Les rédacteurs du Code *veulent* maintenir la règle *periculum est emptoris*, mais pour y arriver, ils la transforment en *res perit domino*.

12. Dans le Droit français, le terme perfection est utilisé indifféremment pour désigner la conclusion du contrat, le transfert du risque et la propriété. Mais on ne lui donne pas, sauf dans des lectures très isolées, le sens de «mettre à disposition». L'idée que la règle est le transfert du risque dès la conclusion du contrat, même si la chose est déterminée par le fait du transfert automatique de la propriété, est encore envisagée. Les exceptions sont placées à côté de ce postulat, mais en réalité elles ne le sont pas. Si le système *traslativo solo contractu* suppose que le transfert de propriété et, par conséquent, de risque s'opère *toujours* par l'effet du contrat (automatisme) et *parfois* dès la conclusion du contrat (instantanéité), il n'y a pas d'exceptions à proprement parler.

13. Une comparaison entre la cristallisation de la règle romaine en Droit espagnol et en Droit français montre que dans ce dernier, le transfert du risque est plus automatique et rigide en raison de son système de transfert de propriété en vertu du contrat. Ainsi, le

dynamisme et la coopération dans l'exécution qui encadrent le phénomène du transfert de risque en Droit espagnol et qui tourne autour du concept de la mise à disposition est perdu, du moins en théorie. Un cas évident est celui de la vente avec un terme pour la délivrance qui, contrairement à ce qui se passe en Droit espagnol, n'empêche pas, en Droit français, le transfert de la propriété et du risque. Mais au fond, la question est la même: dans les deux systèmes, il est logique de parler de transfert de risque parce que le vendeur est obligé de délivrer une chose dans l'état où elle se trouvait au moment de la perfection du contrat –comprise de manière différente dans chaque système– et l'acheteur, bien qu'il soit propriétaire, doit payer le prix sans que sa créance soit satisfaite. Le transfert du risque, correctement compris, vise toujours la délivrance. Il n'est pas possible de comprendre qu'avec le simple transfert de propriété l'acheteur soit absolument satisfait et ainsi justifier la plus grande justice de *res perit domino*. Cette règle pose des problèmes lorsque la vente est conclue avec une clause de réserve de propriété et que la délivrance a lieu. Dans le système français, le risque serait celui du vendeur parce qu'il est le propriétaire, ce qui est considéré comme une conséquence indésirable.

14. La réforme 2016-2018 est de facture classique et, en ce qui nous intéresse ici, continue à soutenir la solution du transfert du risque dans une obligation de conservation de la chose due (art. 1197 Code). Ce sont des approches qui, dans le domaine du Droit espagnol, sont à abandonner. Dans le système juridique français, il n'y a pas de réelle opposition à la règle *periculum est emptoris* en tant que telle, au-delà de critiques isolées. Mais il existe questionnement palpable sur le fait que le transfert du risque doit être lié au transfert de la propriété.

15. Le Droit anglais lie également le transfert du risque au transfert de la propriété (s. 17, s. 18, s. 20 SGA), mais son système de transfert de la propriété sépare le contrat et le transfert lui-même en insistant sur le fait que ce dernier dépend de la volonté des parties qui doit être vérifiée par un test objectif reposant sur une série de *presumptions* énoncées à la s. 18 SGA. On présente ce que serait la «règle générale»

du transfert de la propriété et du risque de la chose déterminée à partir de la conclusion du contrat.

16. Le lien entre le phénomène du transfert du risque et le transfert de propriété est le résultat d'un développement interne du système juridique anglais combiné à des influences du «*civil law*». L'examen de quelques *cases* du XIX^{ème} siècle montre comment l'application de la doctrine du risque dans la vente à exécuter au domicile du vendeur a eu lieu dans un contexte commercial de marchandises. Dans ces décisions, des réflexions similaires à la lecture faite dans la présente recherche sur la mise à disposition sont menées, mais autour du concept du «*deliverable state*» sous l'autorité de Lord ELLENBOROUGH.

17. En tout cas, à ce jour, il n'existe pas de cas ou de conflit sur le transfert du risque d'une chose déterminée à partir du moment de la conclusion du contrat comme conséquence du transfert de propriété. En outre, on trouve dans les arrêts des réflexions selon lesquelles il est très facile de déduire que la volonté des parties est de différer le transfert de propriété au moment de la délivrance. De même, la séparation du transfert du risque et du transfert de la propriété a lieu dans la pratique répandue des contrats de vente impliquant le transport de marchandises. Dans ces circonstances, il est compréhensible qu'il n'y ait pas de forte opposition aux règles contenues dans la SGA, bien qu'il y ait des critiques isolées.

18. Les trois systèmes juridiques analysés montrent comment, avec leurs particularités, dans le domaine propre où se développent les règles sur le transfert du risque, l'idée est essentiellement la même: même si l'acheteur n'obtient pas la pleine satisfaction de sa créance, il doit accomplir son obligation de payer le prix. C'est pourquoi j'ai regroupé ces systèmes sous l'idée commune d'un «système avec transfert du risque».

19. L'opposition qui existe traditionnellement en Droit espagnol au système du transfert de risque dans la vente a été renforcée et

consolidée la conception actuelle de la relation contractuelle (visant à satisfaire l'intérêt du créancier protégé par le contrat plutôt que de se concentrer sur l'exécution des devoirs de comportement du débiteur), l'inexécution du contrat (notion unitaire et objective qui a été détachée de l'élément de faute) et de la responsabilité contractuelle au sens ample (ensemble articulé de remèdes visant à satisfaire l'intérêt du créancier en cas d'inexécution).

20. Aujourd'hui, les anciens problèmes de perte et de détérioration fortuites de la chose sur lesquels opérait la classique discipline du transfert du risque sont conçus comme des questions d'exécution et d'inexécution des obligations de délivrance et de conformité; exécution et inexécution de ces obligations qui ne laissent aucune place à l'effet du transfert de risque pour opérer: laisser a priori l'acheteur qui n'obtient pas son crédit insatisfait et l'obliger, à son tour, à exécuter son obligation de payer le prix.

21. Toutefois, la CVIM, considérée comme l'instrument paradigmatique dans le développement du nouveau droit des contrats, conserve des règles sur le transfert des risques en cas de perte et de détérioration distinctes des règles sur l'exécution de l'obligation de délivrance et de conformité et des règles sur l'inexécution du contrat. En conséquence, les différents textes juridiques qui s'en inspirent, soit maintiennent ces règles spéciales sur le transfert du risque, soit – observant un lien étroit avec l'obligation de délivrance – placent le transfert du risque à ce dernier moment. Mais les deux approches sont superflues car les règles spécifiques relatives au transfert du risque définissent indirectement ce que signifie accomplir les obligations de délivrance et de conformité. Dans ce contexte, prétendre placer le transfert du risque au moment de la délivrance est une tautologie et une duplicité inutile: dire que le risque est transféré avec la délivrance revient à dire que «l'on accomplit une prestation quand on accomplit une prestation».

22. Il est possible de réécrire les règles sur le transfert du risque dans le contexte de la délivrance et de la conformité, en évitant les

répétitions inutiles sur l'individualisation du bien, en résolvant le manque de précision des règles régissant la délivrance ainsi que les duplications entre celles-ci et les règles supposées sur le transfert du risque, en apportant certaines adaptations aux règles sur l'échange simultané des contre-prestations et les obligations de l'acheteur et en donnant à la mise à disposition la signification qu'elle représente réellement en tant qu'acte préparatoire à la délivrance.

23. Dans le domaine de la vente avec délivrance directe, la conception de l'obligation du vendeur comme mise à disposition est dépassée. La délivrance est, en tout état de cause, un acte bilatéral qui requiert la coopération des deux parties. Dans le cas d'une vente impliquant le transport de marchandises, la délivrance est conçue comme la mise entre les mains du transporteur. Mais il s'agit d'un cas délicat dans lequel les obligations relatives à l'expédition de la marchandise, ainsi que les éventuelles incursions du vendeur dans le contrat de transport, peuvent conduire à la conclusion qu'il n'y a pas eu de délivrance. En réalité, ce type de vente et d'achat pourrait être la *emptio perfecta* de notre époque, mais il est possible de l'articuler sans recourir à une réglementation sur le transfert du risque.

24. L'obligation de conformité du bien a transcendé dans une certaine mesure son évaluation au *moment* de la délivrance, dans la mesure où la garantie de conformité comprend non seulement la matière mais aussi le pouvoir du bien d'atteindre certains résultats garantis par le contrat. Quoiqu'il en soit, il est généralement entendu que la sphère de risque assumée par le vendeur est délimitée par le moment de la délivrance, étant responsable des défauts de conformité qui ont leur origine avant ce moment.

25. L'existence d'une obligation de transfert de propriété n'exige pas non plus l'existence de règles sur le transfert de risque comme le prévoit l'article 446 BGB (cfr. dans un sens similaire l'article 447 BGB) pour les cas où il existe une clause de réserve de propriété. Les risques de la délivrance et de la non-conformité doivent être distingués des risques du transfert de la propriété libre de droits de tiers (la

titularité et l'exercice des pouvoirs du droit de propriété) que les parties peuvent répartir dans le contrat en fonction de leurs intérêts. L'analyse de l'exécution et de l'inexécution des obligations de délivrance et de conformité va d'une part et celle du transfert de propriété libre de droits des tiers d'autre part.

26. De la même manière que les règles sur le transfert du risque ne sont pas nécessaires parce qu'elles peuvent être réécrites dans la réglementation des obligations de délivrance et de conformité, elles ne sont pas non plus nécessaires en cas d'inexécution de l'acheteur pour «protéger» le vendeur. L'inexécution de l'acheteur n'entraîne aucun transfert du risque et nous sommes simplement en présence d'un scénario dans lequel le vendeur a à sa disposition le système des remèdes.

27. Tant le contrat que l'exercice des remèdes en cas d'inexécution sont l'expression de ce que chaque partie contractante garantit; les risques que chacun assume. L'accomplissement et l'inexécution du contrat ne laissent aucune place au fonctionnement de la doctrine du *transfert du risque* dans son essence, qui visait précisément à laisser l'acheteur insatisfait et à l'obliger à accomplir de son côté. Le contrat et, le cas échéant, les remèdes, produisent la *répartition des risques* voulue par les parties: le premier énonce ce qu'est l'engagement de chacun, et les secondes les en font répondre; ni pour plus (art. 70 CVCIM), ni pour moins (*favor debitoris*).

28. En un mot, il peut y avoir un système sans règles spécifiques sur le transfert du risque dans la vente. Il ne peut y avoir de système sans répartition des risques. Et si, dans ce second système, on parle encore de transfert de risque, ce n'est pas dans le sens premier et originel, mais dans le second.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (2011), *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ACCARIAS, C. (1891), *Précis de Droit romain*. vol. II, 4.^a ed., Paris.
- ALBERTARIO, E. (1945), *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni, con particolare riguardo alle obbligazioni alternative generiche indivisibili*, Milano.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1947), «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, año XCII, abril, núm. 4, segunda época, t. XIII (181 de la colección), pp. 409-500.
- (1980a), *Derecho civil, Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general*, t. II, vol. I, 5.^a ed., Bosch, Barcelona.
 - (1980b), *Derecho civil, Derecho de obligaciones, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, t. II, vol. II, 5.^a ed., Bosch, Barcelona.
 - (1983), «Comentario a los arts. 1131 a 1136», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, Albaladejo, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Edersa, Madrid, pp. 162-189.
 - (1989), «Comentario al art. 1100», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, Albaladejo, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Edersa, Madrid, pp. 353-374.
- ALCÁNTARA SAMPELAYO, J. (1946), «La prestación del riesgo en la compraventa», *RDP*, t. XXX, pp. 487-508.
- ALCOVER GARAU, G. (1991), *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Civitas, Madrid.
- ALONSO PÉREZ, M. (1961), «Periculum est emptoris y Frag. Vat. 16 (Pap. 3 resp.)», *AHDE*, pp. 363-388.
- (1967), «Sobre la esencia del contrato bilateral», *Acta Salmanticensia Iussu Senat us Universitatis Edita*, 19, separata, Universidad de Salamanca, pp. 7-67.
 - (1972), *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid.
- ALPA, G., BESSONE, M. (1981), «Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili», *La vendita*

- internationale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, pp. 165-209.
- ANGELICI, C. (1981), «La disciplina del passaggio dei rischi», *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, pp. 211-240.
- APPLETON, C. (1926), «Les risques dans la vente», *RHD*, vol. V, pp. 375-417.
- (1927), «Les risques dans la vente», *RHD*, vol. VI, pp. 195-253.
- ARANGIO-RUIZ, V. (1952), *La compravendita in Diritto romano*, vol. I, Napoli.
- (1954), *La compravendita in Diritto romano*, vol. II, Napoli.
- (1989), *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli.
- ARCHI, G. G. (1962), «Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano», *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. II, AG, Milano.
- ARIAS RAMOS, J. (1947), «La doctrina del riesgo en la compraventa romana», *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, pp. 99-122.
- ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A. (1965), «La compraventa en las Partidas, Un estudio sobre los precedentes del Título 5 de la Quinta Partida», *Centenario de la Ley del Notariado. Sección Primera. Estudios Históricos*, vol. II, pp. 339-433.
- (1951a), *Derecho romano. Parte general, Derechos reales, Obligaciones y sus clases*, vol. I, 5.^a ed., Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (1951b), *Derecho romano. Obligaciones (fuentes, garantía, cesión y extinción), Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, vol. II-III, 5.^a ed., Revista de Derecho Privado, Madrid.
- ARNDTS VON ARNESBERG, K. L. (1875), *Trattato delle Pandette*, vol. II, trad. de Serafini, F., Bolonia.
- ARNÓ, C., (1897) «La teorica del periculum rei venditae nel Diritto romano classico», *Giurisprudenza Italiana*, 49 Torino.

- (1907), «Di una interpolazione certa nella C. 4 de periculo et commodo rei venditae (Cod. 4. 48.)», *Mélanges Fitting*, vol. I, reimpr. 1969, pp. 27-33.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2013), «Comentario a los arts. 1445 a 1456», *Comentarios al Código civil*, t. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 10164-10275.
- AUBRY, C., RAU, C. (19??), *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. IV, 6.^a ed., Bartin, E. (rev.), Paris.
- (1952), *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. V, 6.^a ed., Esmein, P. (rev.), Paris.
- AUDIT, B. (1990), *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Paris.
- BACHER, K. (2010), «Articles 85-88», *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenzer, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 1146-1169.
- BADENES GASSET, R. (1995), *El contrato de compraventa*, t. I, 3.^a ed., Bosch, Barcelona.
- BADOSA COLL, F. (1993), «Comentario a los arts. 1094 a 1105 y 1182 a 1186», *Comentarios al Código civil*, t. II, Paz Ares, C. (dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 19-44 y 255-265.
- BAKER, J. (2019), *An Introduction to English Legal History*, 5.^a ed., Oxford University Press, Oxford.
- BACHER, K. (2010), «Articles 85-88», *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenzer, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 1146-1169.
- BARRAL VIÑALS, I. (2018), «Las obligaciones del vendedor en el Libro VI del Código Civil de Cataluña: la entrega de la cosa y la transmisión de la titularidad», *Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña*, Serrano de Nicolás, Á. (coord.), Marcial Pons – Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, pp. 167-188.
- BARRERA GRAF, J. (1965), *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (hacia un derecho*

- internacional de comercio*), Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- «Articles 85-88» (1987), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 613-632.
 - BASOREDO-OTZERINJAUREGI, I. (2018), *La asignación del riesgo de la contraprestación en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
 - BAUDRY-LACANTINERIE, G., BARDE, L. (1897), *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des obligations*, t. I, Paris.
 - (1902), *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des obligations*, t. II, 2.^a ed. Paris.
 - BAUDRY-LACANTINERIE, G., SAIGNAT, L. (1900), *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la vente et de l'échange*, Paris.
 - BENJAMIN, J. F., BRIDGE, M. (2021), *Benjamin's Sale of Goods*, 11.^a ed., Bridge, M. (gen. ed.), Sweet&Mawell Thomson Reuters, Croydon (UK).
 - BENTO SOARES, M. A., MOURA RAMOS, R. M. (1986), *Contratos internacionais. Compra e venda. Cláusulas penais. Arbitragem*, Livraria Almedina, Coimbra.
 - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1971), *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, Madrid.
 - (1990), «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código civil*, t. I, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 287-323.
 - (1993), «Comentario al art. 1157», *Comentarios al Código civil*, t. II, Paz Ares, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. (dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 163-165.
 - BÉRGAMO LLABRÉS, A. (1947), «El riesgo en el contrato de compraventa», *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, pp. 157-181.
 - BERMAN, H. J., LADD, M. (1988), «Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention of the International

- Sale of Goods», *Cornell International Law Journal*, vol. 21, issue 3, article 2, pp. 423-437.
- BERNÍ Y CATALÁ, J. (1767), *Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio, Glossadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, reimpr. 1555, Valencia.
- BETTI, E. (1946), «La retroattività della condicio (facti o iuris) in Diritto giustiniano», *Scritti di Diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Archi, G. G. (ed.), Milano, pp. 477-502.
- (1956), «Periculum. Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano», *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I., Milano.
- (1960), *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, part. 1.^a, CEDAM, Padova.
- (1969), *Teoría general de las obligaciones*, vol. I – II, trad. Mozos, J. L. de los, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- BEUDANT, C. (1936), *Cours de Droit civil français. Les contrats et les obligations*, t. VIII, 2.^a ed., Beudant, R. (rev.), Lerebours-Pigeonnière, P., Lagarde, G., Paris.
- (1938), *Cours de Droit civil français. La vente. Le louage des choses*, t. XI, 2.^a ed., Beudant, R., Lerebours-Pigeonnière, P., Brethe de la Gressaye, J. (rev.), Paris.
- BIANCA, C. M. (1981), «La posizione del venditore», *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, pp. 137-145.
- (1987) «Articles 35-38», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 268-302.
- (2004), «Article 3», *La Directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Bianca, M. C., Grundmann, S., Stijns, S. (eds.), Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris, pp. 179-212.
- BIONDI, B. (1965), *Istituzioni Di Diritto Romano*, Milano.
- BLACKBURN, C. (1885), *A Treatise on the effect of the Contract of Sale on the legal rights of property and possession in goods, wares, and merchandise*, 2.^a ed., Graham, J. C. (ed.) reimpr., Stevens and Sons, London.

- BLANLUET, G. (2004), «Le moment du transfert de la propriété», *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, pp. 409-425.
- BOLLÉE, S. (2001), «The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention», *Review of the Convention for the International Sale of Goods (CISG) 1999-2000*, pp. 245-290.
- BONEL Y SÁNCHEZ, L. (1891), *Código civil español, comentado y concordado con el Derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, t. IV, Barcelona.
- BONELL, M. J. (1987), «Article 7», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 65-94.
- BONFANTE, P. (1929), *Instituciones de Derecho romano*, 8.^a ed., rev. de Campuzano Horma, F, trad. de Bacci, L./Larrosa, A., Reus, Madrid.
- (1979), *Le Obbligazioni (dalle lezioni)*, vol. IV, Milano.
- BONHOMME, R. (2004), «La dissociation des risques et de la propriété», *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2004 pp. 69-80.
- BORRELL Y SOLER, A. M. (1952), *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona.
- BOUCARD, H. (2005), *L'agrégation de la livraison dans la vente*, LGDJ, Poitiers.
- (2016), «Repenser la garantie d'éviction et des charges? Du passé ne faisons pas table rase», *Revue des Contrats*, n.º 3, septembre, pp. 528-548.
- (2017), «Le contrat de vente et la publicité foncière», *Formalisme et néoformalisme*, Boudot, M., Fauvre-Abbad, M., Veillon, D. (dirs.), Presses universitaires juridiques - Université de Poitiers, pp. 107-138.
- (2020), «Le transfert de la propriété et des risques dans la vente (Rapport français)», *Les recodifications du droit de la vente en Europe*, Boucard, H., Lete Achirica, J., Schütz, R. N., Savaux, É. (dirs.), Pazos Castro, R. (col.), Presses universitaires juridiques - Université de Poitiers, pp. 409-424.

- BOUCARD, H., DINCA, R. (2015), «Le transfert conventionnel de la propriété, confluence franco-roumaine», *Les confluences des droits, regards franco-roumains*, Vincent, B. (dir.), Bruylant, pp. 59-87.
- BOURBEAU, A. (1865), *Théorie des risques et périls dans les obligations en Droit Romain et en Droit français*. Thèse, Imprimerie de A. Dupre, Poitiers.
- BRIDGE, M. G. (2008), «The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)», *Sharing International Commercial Law across National Boundaries. Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Andersen, C. B., Schroeter, U. G. (eds.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, pp. 77-105.
- (2017), *The International Sale of Goods*, 4.^a ed., Oxford University Press, Oxford.
- BROSETA PONT, M. (1971), *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid.
- (2018), *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 25.^a ed., Martínez Sanz, F. (rev.), 1.^a ed. 1971, Tecnos, Madrid.
- BRUNNER, C. (2019), «Article 79», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 560-591.
- BRUNNER, C., ALTENKIRCH, M. (2019), «Articles 50-52», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 379-392.
- BRUNNER, C., DIMSEY, M. (2019), «Articles 30-31», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 198-215.
- BRUNNER, C., GOTTLIEB, B. (2019), «Articles 35-37, 65», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 227-250, 449-452.
- BRUNNER, C., KLINGLER, D., MAUERHOFER, M. (2019), «Articles 66-70», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 453-479.
- BRUNNER, C., LAUTERBURG, C. (2019), «Articles 32-34», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 216-226.

- BRUNNER, C., LERCH, M., RUSCH, L. (2019), «Articles 53-60», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 393-430.
- BRUNNER, C., MUSTER, A. (2019), «Articles 85-88», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 616-823.
- BRUNNER, C., SANTSCHI, J. (2019), «Articles 81-84», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 597-615.
- BUEN DE, D. (1930), *Derecho civil español común*, vol. I, 2.^a ed., Reus, Madrid.
- BUCKLAND, W. W. (1939), *A manual of Roman private law*, 2.^a ed., Cambridge.
- BUCKLAND, W. W., MCNAIR A. D. (1965), *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, 2.^a ed., Lawson, F. H. (rev.), University Press, Cambridge.
- BUFNOIR, C. (1924), *Propriété et contrat*, ed. 2005, LGDJ, Poitiers.
- BURDESE, A. (1964), *Manuale di Diritto privato romano*, 2.^a ed., UTET, Torino.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987), «La mora del acreedor», *ADC*, 1987, pp. 1341-1422.
- (1988), *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid.
 - (1997), «Comentario a los artículos 25 a 29», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 211-239.
 - (1997), «Comentario a los artículos 53 a 60», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 462-492.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1982), «Genus numquam perit», *ADC*, pp. 291-354.

- (1997), «Comentario a los artículos 66 a 70», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), reimpr. 2006, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 492-513.
- CALONGE, A. (1971), «En torno al problema de la retroactividad de la condición en el Derecho clásico», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol III, AG, Milano, pp. 143-172.
- CANNATA (1966), C. A., *Sul problema della responsabilità nel Diritto privato romano. Materiali per un corso di Diritto romano*, Torre, Catania.
- CAPITANT, H. (1927), *De la cause des obligations (Contrats, Engagement unilateraux, Legs)*, 3.^a ed., Librairie Dalloz, Paris.
- CARBONNIER, J. (2000), *Droit civil. Les obligations*, t. IV, 22.^a ed., Puf, Paris.
- CARDILLI, R. (1995), *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in Diritto romano (II Sec. A.C.-II Sec. D.C.)*, AG, Milano.
- CARRASCO PERERA, A. (2012), «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de las Directiva de Derechos de los Consumidores», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir.), Arroyo Amayuelas, E. (coord.), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 311-332.
- (2013), «Comentario a los arts. 1113 a 1123», *Comentarios al Código civil*, t. VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8157-8212.
- (2014), «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, pp. 33-48.
- (2017), *Derecho de contratos*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- CARTWRIGHT, J. (2013), *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon).

- CASAVOLA, F. (1954), «Emptio pondere numero mensura», *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa Editrice Jovene*, Napoli, pp. 551-580.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1954), *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, t. III, 8.^a ed. rev., Reus, Madrid.
- (1956), *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, t. IV, 8.^a ed. rev., Reus, Madrid.
- CASTILLA BAREA, M. (2001), *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE (1950), «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», *ADC*, pp. 1133-1186.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2013), «Los riesgos en la compraventa: “periculum est emptoris, genus numquam perit y sinalagma”», *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1687-1696.
- CHANTEPIE, G., LATINA, M. (2018), *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2.^a ed., Dalloz, Paris.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1930), *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (1998), *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- COSSÍO Y CORRAL, A. DE (1944), «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *RDP*, pp. 361-399.
- (1953), «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *ADC*, pp. 597-621.
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1993), «Comentario al art. 1171», *Comentarios al Código civil*, t. II, Paz Ares, C. (dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 227-230.
- CUQ, E. (1928), *Manuel des Institutions juridiques des romains*, 2.^a ed., Paris.

- DANNEMANN, G. (2012), «Articles 123-139», *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Schulze, R. (ed.), Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, pp. 533-601.
- DAVIES, P. S. (2021), «Consideration», *Chitty on Contracts. General Principles*, vol. I, 34.^a ed., Beale, H. G. (ed.), Thomson Reuters, London, pp. 479-617.
- DEBATTISTA, C. (1990), *Sale of Goods Carried by Sea*, Butterworths, London.
- (2019), «Introducción a Incoterms® 2020», *INCOTERMS® 2020. Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, spa. - eng., ICC Spain, Barcelona, pp. 1-19.
- DELVINCOURT, C. E. (1824a), *Cours de Code civil*, t. II, Paris.
- (1824b) *Cours de Code civil*, t. III, Paris.
- DEMOLOMBE, C. (1871), *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. XXV t. II, 2.^a ed., Paris.
- (1872), *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. XXVI, t. III, 3.^a ed., Paris.
- (1877), *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. XXIV t. I, Paris.
- DERAINS, Y. (1900), «Transfert des risques de livraison», *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989*, Derains, Y., Ghestin, J. (dir), LGDJ, Paris, pp. 127-137.
- DESHAYES, O. (2013), «De la pluralité d'objets», *Pour une réforme du régime général des obligations*, Terré, F. (dir.), Dalloz, Paris, pp. 71-77.
- (2017), «Théorie des risques», *Répertoire de Droit civil Dalloz*.
- DESHAYES, O., GENICON, T., LAITHIER, Y. M. (2018), *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2.^a ed., LexisNexis, Paris.
- DÍAZ DE MONTALVO, A. (1781), *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el Noble Rey Don Alfonso IX: Glosado*, t. II, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1964), «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, pp. 349-366.

- (1966), «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, pp. 555-573.
 - (1997), «Comentario a los artículos 61 a 65», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 492-513.
 - (2003), «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC*, pp. 1565-1574.
 - (2008a), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Las relaciones obligatorias*, vol. II, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid.
 - (2008b), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, 5.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid.
 - (2010), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Las particulares relaciones obligatorias*, vol. IV, Thomson-Civitas, Madrid.
 - (2012), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Derechos reales*, vol. VI, Thomson-Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A. M., (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.
- DINCA, R. (2020), «El impacto de la crisis sanitaria de Covid 19 en el Derecho contractual rumano», *RDC*, vol. VII, núm. 2, especial, mayo, pp. 109-128.
- DOMAT, J. (1723), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, t. I, Paris.
- DOMINGO DE MORATÓ, D. R. (1877), *El Derecho civil español con las correspondencias del Derecho romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan de Sala*, t. II, 2.^a ed. corr. y aum., Valladolid.
- D'ORS, A. (1944), «En torno a la llamada obligación alternativa», *RDP*, vol. XXVIII, pp. 1-24.
- (1945), «In diem addictio», *AHDE*, pp. 193-289.
 - (1964), «Recensión a la obra de Giuseppe Grosso, Il sistema romano dei contratti», *IURA*, vol. XV, part. 2.^a, pp. 390-397.
 - (2004), *Derecho privado romano*, 10.^a ed., d'Ors Lois, X. (rev.), Eunsa, Pamplona.

- D'ORS, A., HERNÁNDEZ TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1968), *El Digesto de Justiniano*, vol. I, Aranzadi, Pamplona.
- DUBARRY, J., (2014), *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des Droits français et allemand*, LGDJ, Paris.
- DURANTON, M. (1846a), *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, t. I, 3.^a ed., Paris.
- (1846b), *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, t. II, 3.^a ed., Paris.
- (1846c), *Traité de la vente et de l'échange suivant le Code civil*, 3.^a ed., Paris.
- EISSER, G. (1955), «Desarrollo y extensión del concepto de riesgo en la compraventa, según el Derecho alemán», *RDP*, I, pp. 520-532.
- ENNECCERUS, L. (1933), *Derecho de obligaciones. Doctrina general*, vol. 1, 11.^a ed. rev. de Lehmann, H., del *Tratado de Derecho civil* de Enneccerus, L., Kipp, T., Wolff, M., trad. de la 35.^a ed. alemana por Pérez González, B., Alguer, J., Bosch, Barcelona.
- (1966), *Derecho de obligaciones. Doctrina especial*, vol. 2, parte 1, 15.^a ed. rev. de Lehmann, H., del *Tratado de Derecho civil* de Enneccerus, L., Kipp, T., Wolff, M., trad. de Pérez González, B., Alguer, J., 3.^a ed. rev. por Ferrandis Vilella, J., Bosch, Barcelona.
- ESCRICHE J. (1845), *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. III, Madrid.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983), *Manual de Derecho civil español, Obligaciones y contratos*, t. III, 6.^a ed. rev. y ampl., Revista de Derecho Privado, Madrid.
- FALCÓN, M. (1878), *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*, Salamanca.
- FARNSWORTH, E. A., «Article 8», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M. / Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, 1987, pp. 95-102.

- FAUCHILLE, P. (1882), *De la théorie des risques dans la vente en Droit Romain. Thèse pour le doctorat*, Paris.
- FENET, P. A. (1836a), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Paris.
- (1836b), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris.
- FENOY PICÓN, N. (1996), *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores, Madrid.
- (2010), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, t. LXIII, fasc. I, pp. 47-136.
- (2013), «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, t. LXVI, fasc. II, pp. 717-836.
- FERCIA, R. (2007), «‘Emptio perfecta’ e vendita di genere: sul problema del ‘tradere’ en C. 4.48.2», *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel Diritto romano*, vol. I, Garofalo, L. (ed.), CEDAM, Padova, pp. 699-743.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007), *Sistema Contractual Romano*, 3.^a ed. aumentada y corregida, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R. (1955), «La compraventa en el Derecho medieval español», *AHDE*, pp. 294-528.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1997), «Comentario a los artículos 30 a 34», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), reimpr. 2006, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 240-285.
- FLECHTNER, H. M., (2009), *Revisiones en «Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention» de Honnold*, 4.^a ed., Flechtner, H. M. (rev.), Kluwer, Gran Bretaña.
- FERRINI, C. (1953), *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., rev. de Grosso, G., SEL, Milano.
- FIFOOT, C. H. S. (1949), *History and sources of the Common Law. Tort and Contract*, Stevens & Sons Limited, London.

- FLOUR, J., AUBERT, J. L., SAVAUX, E. (2015), *Droit civil. Les obligations. Le rapport d'obligation*, t. III, 9ª. ed., Sirey, Paris.
- (2022), *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17ª. ed., Sirey, Paris.
- FOUNTOULAKIS, C. (2010), «Articles 81-84», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.ª ed., Oxford University Press, pp. 1095-1145.
- FUENTESECA, P. (1978), *Derecho privado romano*, Madrid.
- GALLO, F. (1960), *Il principio emptione dominum transfertur nel Diritto pregiustiniano*, AG, Milano.
- (1992), *Synallagma E Conventio Nel Contratto. Ricerca Degli Archetipi Della Categoria Contrattuale E Spunti Per La Revisione Di Impostazioni Moderne. Corso Di Diritto Romano*. vol. I, G. Giappichelli, Torino.
- (1995), *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*. vol. II, G. Giappichelli, Torino.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L. (1889), *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia*, vol. I, reprod. facs. 1988, Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA CANTERO, G. (1991), «Comentario a los arts. 1445 a 1541», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIX, 2.ª ed, Albaladejo, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Edersa, Madrid.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr. 1974, Zaragoza.
- GARCÍA GOYENA, F., AGUIRRE, J. (1844a), *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, t. IV, 2.ª ed., Aguirre, J., Montalbán, J. M. (corr. y aum.), Madrid.
- (1844b), *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en*

- la parte teórica como en la práctica*, t. V, 2.^a ed., Aguirre, J., Montalbán, J. M. (corr. y aum.), Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014), «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», *RDC*, vol. I, núm. 1, pp. 7-27.
- (2022), «Modernización de los contratos de servicios: un análisis crítico del DCFR», *La modernización del contrato de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-95.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., VARELA CASTRO, I. (2020), «Le transfert de la propriété et des risques dans la vente (Rapport espagnol)», *Les recodifications du droit de la vente en Europe*, Boucard, H., Lete Achirica, J., Schütz, R. N., Savaux, É. (dirs.), Pazos Castro, R. (col.), Presses universitaires juridiques - Université de Poitiers, pp. 425-442.
- (2022), «Comentario al art. 66 ter. Transmisión del riesgo», *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, t. I, Cañizares Laso, A. (dir.), Zumaquero Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1001-1017.
- GARRIGUES, J. (1956), *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, 2.^a ed., Verdera, E. (rev.), Madrid.
- (1963), *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 6.^a ed., Sánchez Calero, F. (rev.), Madrid.
- (1964), *Tratado de Derecho mercantil. Obligaciones y contratos mercantiles*, t. III, vol. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid.
- (1972), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 6.^a ed. rev. de Bercovitz, A., Madrid.
- GENICON, T. (2007), *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Paris.
- GETE-ALONSO CALERA, M.^a C. (2014), «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *RDC*, vol. I, núm. 4, pp. 27-65.
- GHESTIN, J. (1900), «Les obligations du vendeur», *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989*, Derains, Y., Ghestin, J. (dir), LGDJ, Paris, pp. 83-115.
- GHESTIN, J., DESCHÉ, B. (1990), *Traité des contrats. La vente*, Ghestin, J. (dir.), LGDJ, Paris, 1990.

- GHESTIN, J, JAMIN, C., BILLIAU, M. (2001), *Traité de Droit civil. Les effets du contrat*, 3.^a ed., LGDJ, Paris.
- GIRARD, P. F. (1918), *Manuel Élémentaire De Droit Romain*, 6.^a ed., Paris.
- GIRÓN TENA, J. (1946), «Jurisprudencia comentada. El problema del riesgo en la compraventa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. II, núm. 5, sept./oct., pp. 129-139.
- (1958), *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo (Discurso de apertura de curso 1958-59)*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
 - (1986), *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*, Civitas, Madrid.
- GLÜCK, C. F. (1901), *Commentario alle Pandette. Libro XVIII.*, Greco, U. (trad. not.), Milano.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1869), *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, vol. II, 4.^a ed., Madrid.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M. (1874), *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. II, 11.^a ed. corr. y aum., Madrid.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., REUS Y GARCÍA, J. (1859), *Código de comercio español concordado y anotado*, 3.^a ed., Revista de Legislación, Madrid.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2018), «La transmisión de los riesgos en la compraventa. Un análisis de las reglas del Libro VI del Código Civil de Cataluña relativo a las obligaciones y los contratos», *Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña*, Serrano de Nicolás, Á. (coord.), Marcial Pons - Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, pp. 189-213.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013), «Comentario a los arts. 1462 a 1473», *Comentarios al Código civil*, t. VII, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 10318-10444.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1980), «Comentario a los arts. 1182 a 1194», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. I, Albaladejo, M. (dir.), Edersa, Madrid, 1980, pp. 256-397.
- GORLA, G. (1934), *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, CEDAM, Padova.

- GOODFRIEND, D. E. (1984), «After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 22, núm. 3, pp. 575-606.
- GREWAL, S. S. (1991), «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: Comparative study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 14(1), pp. 93-120.
- GROSSO, G. (1950), *Il sistema romano dei contratti*, Torino.
- (1966), *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3.^a ed., Torino.
- GROTIUS, H. (1724), *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, trad. anot. Barbeyrac, J., Amsterdam.
- GRUNDMANN, S., GÓMEZ, F. (2004), «Introduction», *La Directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Bianca, M. C., Grundmann, S., Stijns, S. (eds.), Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris, pp. 15-92.
- GSELL, B. (2014), «Chapter 8. Non-performance and Remedies in General», *European Contract Law and German Law*, Leible, S., Lehmann, M. (eds.), Wolters Kluwer Law & Business, Biggleswade (UK), pp. 375-449.
- GULLIFER, L. (2000), «Risk», *Sale of Goods*, Mckendrick, E. (ed.), Informa Law from Routledge, Abingdon and New York, reimpr. 2014, pp. 107-130.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1968), *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid.
- GUSTIN, M. (2001), «Le transfert des risques et l'impossibilité d'exécution dans la CVIM», *International Business Law Journal*, Issues 3-4, pp. 379-400.
- GUTIÉRREZ, J. M. (1825), *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso Don José Febrero. Reformado*, t. I, 6.^a ed., Madrid.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1877), *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. IV, 3.^a ed., Madrid.

- HÄCKER, B. (2021), «Contract and Conveyance: The Further Repercussions of Different Transfer Systems», *Property and Contract: Comparative Reflections on English Law and Spanish Law*, Cartwright, J., López y López, A. M. (hg.), Bloomsbury – Hart Publishing, Oxford, pp. 89-136.
- HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Articles 66-70», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 921-947.
- HALL, G. D. G. (1965), *The treatise on the laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill*, Hall, G. D. G. (intro., not., transl.), Nelson, Edinburgh.
- HEINECKE, J. G. (1845), *Tratado de las antigüedades romanas, para ilustración de la jurisprudencia dispuesto según el orden de las Instituciones de Justiniano*, vol. III, trad. de Dicenta y Blanco, C., Madrid.
- (1888), *Recitaciones Del Derecho Civil Romano*, vol. II, 8.^a ed. reimpr. 2003, Collantes y Bustamente, L. (trad.), Analecta, Pamplona.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1960), *Derecho de obligaciones*, Madrid.
- HEUZÉ, V. (2000), *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, LGDJ, París.
- HOFFMANN, B. VON (1986), «Passing of Risk in International Sales of Goods», *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Volken, P., Šarčević, P. (eds.), Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1986, pp. 265-303.
- HOLDSWORTH, W. (1934), *A History of English Law*, vol. III, 6.^a ed. rev., Little, Brown and Company, Boston.
- HONNOLD, J. O. (1984), «Risk of Loss», *International sales: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Galston, N. M., Smit, H. (eds.), Bender, New York, pp. 8.1-8.15.
- (2009), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.^a ed., Flechtner, H. M. (rev.), Kluwer, Gran Bretaña.
- HUC, T. (1894), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, Paris.
- (1897), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. X, Paris.

- HUET, J., DECOCQ, G., GRIMALDI, C., LÉCUYER, H., MOREL-MAROGER, J., (2012), *Traité de Droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, Ghestin, J. (dir.), LGDJ, Paris.
- HUVELIN, P. (1924), «Compte rendu critique, Le periculum rei venditae en Droit romain (thèse), Konstantinovitch», *RHD*, vol. III, pp. 318-327.
- (1929), *Cours Élémentaire De Droit Romain. Les obligations*, vol. II, Monier, R. (rev.), Paris.
- IBBETSON, D. (1991), «Sale of goods in the fourteenth century», *Law Quarterly Review*, July, pp. 480-499.
- IGLESIAS, J. (2007), *Derecho romano*, 15.^a ed., Iglesias-Redondo, J. (rev.), Ariel, Barcelona.
- IHERING, R. (1862), *Sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto di compra e vendita con speciale riguardo ad un caso pratico*, Serafini, F. (trad.), Pavia.
- IMPALLOMENI, G. (1959), «Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente», *SDHI*, vol. XXV, pp. 55-93.
- INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) (1990), *INCOTERMS 1990*, eng./spa., Cámara de Comercio Internacional, Comité español, Barcelona.
- (2019), *INCOTERMS® 2020. Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, spa./eng., ICC Spain, Barcelona.
- JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, I., DE MANUÉL Y RODRIGUEZ, M. (1786), *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 4.^a ed., corr. y aum., Madrid.
- JÖRS, P., KUNKEL, W. (1937), *Derecho privado romano*, Prieto Castro, L. (trad.), Labor, Barcelona.
- JUÁREZ TORREJÓN, A. (2013), «Los riesgos en el contrato de compraventa: propuestas», *RCDI*, 740, pp. 3801-3869.
- KASER, M. (1962), *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna*, Valladolid.

- (1968), *Derecho Romano Privado*, 5.^a ed., Santa Cruz Teijeiro, J. (trad.), Reus, Madrid.
- KASER, M., KNÜTEL, R., LOHSSE, S. (2022), *Derecho privado romano*, BOE, Madrid.
- KNAPP, V. (1987), «Articles 61-65», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 442-482.
- KONSTANTINOVITCH, M. (1923), *Le «periculum rei venditæ» en Droit romain*, Thèse pour le doctorat, Lyon.

- LABANCA, J. (1968), *La venta internacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- LABBÉ, J. E. (1869-1870), *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion*, Paris.
- (1888), «Un mot sur la question des risques. Souvenirs de Droit romain à propos des articles 1138 et 1184 du Code civil», *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, XII, pp. 377-385.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1957), «Inscripción y tradición», *RCDI*, año XXXIII, enero-febrero, núms. 344-345, pp. 1-16.
- (1979), *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Contratos y cuasicontratos*, t. II, vol. III, Bosch, Barcelona.
- (1986), «Anotaciones» en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Contratos y cuasicontratos*, t. II, vol. III, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1986), *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Contratos y cuasicontratos*, t. II, vol. III, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. ET AL. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2005), *Elementos de Derecho civil, Parte General, Derecho subjetivo, negocio jurídico*, t. I, vol. III, 3.^a ed., Delgado Echeverría, J. (rev.), Dykinson, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. ET AL. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011), *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Parte general*,

- Teoría general del contrato*, t. II, vol. I, 5.^a ed., Rivero Hernández, F. (rev.), Dykinson, Madrid, 2011.
- (2013), *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Contratos y cuasicontratos, Delito y cuasidelito*, t. II, vol. II, 5.^a ed., Rivero Hernández, F. (rev.), Dykinson, Madrid, 2013.
- LAGERGREN, G. (1954), *Delivery of the goods and transfer of property and risk in the Law on Sale. A Comparative study*, Stockholm.
- «La entrega» (1958), *ADC*, pp. 1041-1051.
- LAGRANGE E. (1870), *Manual de Derecho romano*, 11.^a ed., Vicente y Caravantes, J. (trad. y anot.), Madrid.
- LANDO, O. (1987), «Articles 28, 30-34», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 232-239, 245-267.
- LANDO, O., BEALE, H. (2000), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Lando, O., Beale, H. (eds.), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.
- LANGLE Y RUBIO, E. (1958), *El contrato de compraventa mercantil*, Bosch, Barcelona.
- LARENZ, K. (1958), *Derecho de obligaciones*, t. I, Santos Briz, J. (trad.), Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (1959), *Derecho de obligaciones*, t. II, Santos Briz, J. (trad.), Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LAROMBIÈRE, M. L. (1857a), *Théorie & pratique des obligations*, t. I, Paris.
- (1857b), *Théorie & pratique des obligations*, t. III, Paris.
- LARROUMET, C., BROS, S. (2018), *Les obligations. Le contrat*, t. III, 9.^a ed., Economica, Paris.
- LASSO GAITE, J. F. (1970), *Crónica de la codificación española. Codificación civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid.
- LAURENT, F. (1878a), *Principes de Droit civil français. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XVI, 3.^a ed., Bruxelles.
- (1878b), *Principes de Droit civil français. Des obligations*, t. XVII, 3.^a ed., Bruxelles.
 - (1878c), *Principes de Droit civil français. De la vente*, t. XXIV, 3.^a ed., Bruxelles.

- LAUROBA LACASA, E. (2021), «Comentari als articles 621-9 a 621-12», *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Egea i Fernández, J., Ferrer i Riba, J. (dirs.), Farnós i Amorós (coord.), Atelier, Barcelona, pp. 140-171.
- LAWSON, F. H. (1949), «The Passing of Property and Risk in Sale of Goods. A comparative Study», *Law Quarterly Review*, 65, n.º 3, July, pp. 352-366.
- LAZO, P. (2005), «El riesgo en la compraventa de vino en el Derecho romano», *REHJ*, vol. XXVII, pp. 83-100.
- (2007), «‘Publicatio’ y ‘periculum rei venditae’. Contribución a la exégesis de D. 19.2.33», *REHJ*, vol. XXIX, pp. 245-268.
- LEPOINTE, G., MONIER, R. (1954), *Les obligations en Droit romain et dans l'ancien Droit français*, Recueil Sirey, Paris.
- LETE DEL RÍO, J. M., LETE ACHIRICA, J. (2006), *Derecho de Obligaciones. Contratos*, vol. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- LEVENEUR, L., LÉCUYER, H. (2006), «Éxecution des obligations (art.1152 à 1156-2)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations et de la prescription*, Catala, P. (dir.), La documentation française, Paris, pp. 50-52.
- LILLEHOLT, K. (2011), «Passing of Risk and the Risk of Mystification: Some Drafting Issues», *Los European Review of Private Law*, 6, pp. 921-929.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código civil*, Colegio de Registradores, Madrid.
- LLAMAS POMBO, E. (2014), *La compraventa*, La Ley, Madrid.
- (2020), *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- LONGO, C. (1944), *Corso di Diritto romano. Parte generale, fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti. Parte speciale, la compravendita*, Milano.
- LOOSCHELDERS, D. (2021), *Derecho de obligaciones. Parte general*, Gómez Calle, E. (trad.), BOE Colección de Derecho Privado, Madrid.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. (1993), «Comentario a los arts. 1145-1459», *Comentarios al Código civil*, t. II, Paz Ares, C. (dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 887-907.
- (1997), «Comentario a los artículos 45 a 52», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), reimpr. 2006, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 405-465.
- MACCORMACK, G. (1972), «Culpa», *SDHI*, vol. XXXVII, pp. 123-188.
- (1985), «Alfenus Varus and the law of risk in sale», *The Law Quarterly Review*, vol. CI, pp. 573-586.
- MALAUURIE, P., AYNÈS, L., STOFFEL-MUNCK, P. (2018), *Droit des Obligations*, 10.^a ed., LGDJ, Paris.
- MANNA, L. (1990), «Sul significato di Fr. Vat. 16 in tema di periculum rei venditae», *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano. Milano, 7-9 Aprile 1987*, vol. II, Cisalpino, Milano, pp. 251-276.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1967), *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. I, 6.^a ed., Moreno Mocholí, M. (rev.), Reus, Madrid.
- (1969), *Comentarios al Código civil español*, t. X, vol. I, 6.^a ed., Bloch, J. M. (rev.), Reus, Madrid.
- MARCADÉ, V. (1852a), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, 5.^a ed., Paris.
- (1852b) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. VI, Paris.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013), «Comentario a los arts. 1125 a 1136 y 1156 a 1202», *Comentarios al Código civil*, t. VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8262-8360 y 8470-8893.
- MARKESINIS, B., UNBERATH, J., JOHNSTON, A. (2006), *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford Portland.
- MARRONE, M. (2006), *Istituzioni di Diritto romano*, 3.^a ed., Palumbo, Palermo.

- MARTÍ, J. N. (1985), «Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, núms. 175-176, pp. 121-167.
- MARTÍ DE EIXALÁ, R. (1875), *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 7.^a ed., Durán y Bas, M. (rev.), Barcelona.
- MARTIN, D. R. (2013), «De la libération du débiteur», *Pour une réforme du régime général des obligations*, Terré, F. (dir.), Dalloz, Paris, pp. 93-110.
- MARTÍN ARESTI, M. (2010), *Las garantías de los productos de consumo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍN PÉREZ, A. (1989), «Comentario a los arts. 1088 a 1099», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. I, Albaladejo García, M (dir.), Edersa, Madrid, pp. 1-353.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. (1988), *Droit civil. Les obligations. Les sources*, t. I, 2.^a ed., Sirey, Paris.
- MASCHI, C. A. (1956), «Impostazione storica della compravendita e della permuta nel Libro 33 ad Edictum di Paolo», *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. II, Milano.
- MASKOW, D. (1987), «Articles 53-54, 56-60», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 383-400, 410-441.
- MAZEAUD, J. (1963), *Leçons de Droit civil. Sûretés. Publicité foncière. Principaux contrats*, t. III, 2.^a ed., Paris.
- MAZEAUD, H. L., MAZEAUD, J. (1956), *Leçons de Droit civil. Obligations. Biens*, t. II, Paris.
- McKENDRICK, E. G. (2021a), «Performance», *Chitty on Contracts. General Principles*, vol. I, 34.^a ed., Beale, H. G. (ed.), Thomson Reuters, London, pp. 1821-1869.
- (2021b), «Discharge by frustration and Force Majeure Clauses», *Chitty on Contracts. General Principles*, vol. I, 34.^a ed., Beale, H. G. (ed.), Thomson Reuters, London, pp. 1907-1980.
- (2021c), «Termination for breach», *Chitty on Contracts. General Principles*, vol. I, 34.^a ed., Beale, H. G. (ed.), Thomson Reuters, London, pp. 1981-2042.
- MEDICUS, D. (1995), *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. 1, Martínez Sarrión, Á. (trad.), Bosch, Barcelona.

- MEDINA DE LEMUS, M. (1992), *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid.
- MENÉNDEZ, A. (1951), «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, vol. XI, núm. 31, pp. 227-257.
- (1954), «Contribución al estudio de las ventas marítimas», *RDM*, vol. XVII, núm. 49, pp. 39-65.
 - (1955), *La venta CIF*, Revista de Derecho Privado, Madrid.
 - (1979), «Código de Comercio y Reforma de la Legislación mercantil», *Jornadas sobre la Reforma de la legislación mercantil*, Civitas - Fundación Universidad-Empresa, Madrid, pp. 41-58.
- MERRETT, L. (2021), «Sale of Goods», *Chitty on Contracts. Specific Contracts*, vol. II, 34.^a ed., Beale, H. G. (ed.), Thomson Reuters, London, pp. 1943-2171.
- METRO, A. (1966), *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*, Milano.
- MEYLAN, P. (1950a), «Periculum est emptoris. Explication historique de l'art. 185, al. 1 C.O.», *Vom Kauf nach Schweizerischem Recht: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl*, Zürich, 1950, pp. 9-40.
- (1950b), «Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente», *IURA*, vol. I, pp. 253-264.
 - (1951), «Inst. III. 23 §§ 3 et 3^a, et l'unification du régime des risques dans le contrat de vente par Justinien», *Atti Verona*, vol. III, pp. 387-409.
- MILSOM, S. F. C. (1961), «Sale of goods in the fifteenth century», *The Law Quarterly Review*, vol. 77, pp. 257-284.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE (2016), «Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», *Journal Officiel de la République française*, NOR: JUSC1522466P, pp. 1-36. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1997), «Comentario a los artículos 41 a 44», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la*

- Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 355-405.
- MIQUEL Y RUPERT, I., REUS Y GARCÍA, J. (1856), *Código de comercio español concordado y anotado*, 2.^a ed., Revista de Legislación, Madrid.
- MOHS, F. (2010), «Articles 53-65», *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenzer, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 792-920.
- MOMMSEN, T., KRUEGER, P. (1973), *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Weidmannos, Dublin/Zürich.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1989), «Comentario a los arts. 1113 a 1124», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. I, Albaladejo García, M (dir.), Edersa, Madrid, pp. 988-1255.
- MONTÉS, V. (1997), «Comentario a los artículos 81 a 88», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 660-695.
- MOTOS GUIRAO, M., BLANCO CAMPAÑA, J. (1991), *Centenario del Código de comercio*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- (1993), *Centenario del Código de comercio*, vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MORALES MORENO, A. M. (1974), «Recensión a la obra de Mariano Alonso Pérez, El riesgo en el contrato de compraventa», *ADC*, pp. 386-390.
- (1983), «El propósito “práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *ADC*, pp. 1529-1546.
- (1993), «Comentario a los arts. 1474 y 1484 a 1498», *Comentarios al Código civil*, t. II, Paz Ares, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. (dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 933-935 y 954-980.
- (1997), «Comentario a los artículos 35 a 40», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 286-355.

- (2003), «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, pp. 1609-1651.
 - (2006a), «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 17-54.
 - (2006b), «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 93-144.
 - (2006c), «Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de las obligaciones», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 145-159.
 - (2006d), «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 161-188.
 - (2009), «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, Barros Bourie, E., García Rubio, M. P., Morales Moreno, A. M., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 193-1651.
 - (2012), «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, pp. 5-28.
- MOREU BALLONGA, J. L. (1985), «En defensa del criterio de especificación unilateral notificada», *ADC*, pp. 3-42.
- (2006), «El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código civil y la mora del acreedor», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 489-538.
- MÜLLER-CHEN, M. (2010), «Articles 45-52», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.ª ed., Oxford University Press, pp. 689-791.
- MURO MARTÍNEZ, J. (1881a), *Códigos españoles y colección legislativa, Parte 1.ª Códigos. Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo, Ordenamiento de Alcalá*, t. I, 2.ª ed., Madrid.
- (1881b), *Códigos españoles y colección legislativa. Parte 1.ª Códigos. Las Siete Partidas*, t. II, 2.ª ed., Madrid.

- NAVARRO CASTRO, M. (1997), *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona.
- NEUMAYER, K. H., MING, C. (1993), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, CEDIDAC, Lausanne.
- NICHOLAS, B. (1987), «Articles 66-70», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milano, pp. 483-512.
- OEHM, M. (2020), «§ 326 BGB. Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht», *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Article-by-Article Commentary. Volume I: Books 1-3*, Dannemann, G, Schulze, R. (eds.), Watson, J. (assist. ed.), CH Beck, München, pp. 323-325, 385-387.
- OLIVENCIA RUIZ, M. (1983), «Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención», *Anuario Jurídico de México*, pp. 73-95.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2014), «El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *RDC*, vol. I, núm. 3, pp. 37-66.
 - (2015), «Chapter 10. Passing of Risk», *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L. M. (eds.), Springer, pp. 183-205.
- ORTI VALLEJO, A. (2003), «La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/94/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Thomson Civitas, Madrid, pp. 2765-2775.
- (2016), «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», en *Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos*

- español y alemán*, Orti Vallejo, A. y Jiménez Horwitz, M. (dirs.), Sánchez Ruiz de Valdivia, I. y Quesada Páez, A. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 135-155.
- ORTOLAN, J. L. E. (1877), *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, 4.^a ed., Pérez de Anaya, F./Pérez Rivas, M. (trad.), Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991), «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, pp. 1019-1091.
- (1993), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, pp. 1719-1745.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999), *Derechos reales. Derecho hipotecario: Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, t. I, 3.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- PERALES VISCASILLAS, P. (2021), «La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020», *La Ley mercantil*, núm. 86, Sección contratación mercantil, comercio electrónico y TICs / doctrina, diciembre, pp. 1-35.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J. (1966), Anotaciones a la obra de Enneccerus, L., Derecho de obligaciones, vol. II-1.^a, 15.^a ed. rev. de Lehmann, H., del Tratado de Derecho civil de Enneccerus, L., Kipp, T., Wolff, M., 3.^a ed. esp. rev. de Ferrandis Vilella, J., Bosch, Barcelona.
- PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M. (2002), «Comentario a los arts. 325 a 345», *Comentarios al Código de comercio*, t. II, Sala Reixachs, A. (dir.), Baldó del Castaño, V, Rueda Martínez, J. A. (coords.), Atelier, Barcelona.
- PERLINGIERI, P. (1962), *I negozi su beni futuri i la compravendita di «cosa futura»*, Jovene, Napoli.
- PEROZZI, S. (1928a), *Istituzioni di Diritto romano*, vol. I, 2.^a ed. rev., Roma.
- (1928b), *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, 2.^a ed. rev., Roma.
- PETIT CALVO, C. (1989), «Oposición foral al Código de comercio (1829)», *AHDE*, pp. 699-736.

- (2014), «Andino y el código de comercio», *Historia Iuris. Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. II, pp. 1259-1273.
- (2019), *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Dykinson, Madrid.
- PINTÓ RUIZ, J. J. (1975), «Resolución del contrato y la regla ‘periculum est emptoris’», *RJC*, pp. 693-749.
- PLANIOL, M., RIPERT, G. (1952), *Traité pratique de Droit civil français. Obligations*, t. VI, part. I, 2.^a ed., Esmein, P. (rev.), Paris.
- (1956), *Traité pratique de Droit civil français. Contrats civils*, t. X, part. I, 2.^a ed., Hamel, J. (rev.), Paris.
- PORTALIS, J. E. M. (1801), *Discurso preliminar del Proyecto de Código civil francés*, ed. 1978, trad. pról. not. Rivacoba y Rivacoba, M., Edeval, Valparaíso (Chile).
- POTHIER, R. J. (1844a), *Œuvres complètes. Traité des obligations*, t. I, Paris.
- (1844b), *Œuvres complètes. Traités du contrat de vente et des retraits*, t. III, Paris.
- POZO CARRASCOSA, P. DEL (2015), «La transmisión del riesgo», *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sánchez González, M. P. (eds.), Atelier, Barcelona, pp. 427-461.
- PROVERA, G. (1962), «Sul problema del rischio contrattuale nel Diritto romano», *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. III, pp. 691-724, Milano.
- PUFENDORF, S. (1740), *Le droit de la nature et des gens*, t. II, trad. anot. Barbeyrac, J., Londres.
- PUIG BRUTAU, J. (1982), *Fundamentos de Derecho civil, Contratos en particular*, t. II, vol. II, 2.^a ed. rev. y ampl., Bosch, Barcelona.
- (1988), *Fundamentos de Derecho civil, Derecho general de las obligaciones*, t. I, vol. II, 4.^a ed. rev., Bosch, Barcelona.
- PUIG PEÑA, F. (1973), *Tratado de Derecho civil español, De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, t. IV, vol. II, 2.^a ed., Revista de Derecho Privado, Madrid.
- RABEL, E. (1938), «A Draft of an International Law of Sales», *University of Chicago Law Review*, vol. 5, n. 4, June, pp. 543-565.

- RADÉ, C. (1995), «Pour une approche renouvelée de la théorie des risques», *Les petites affiches*, núm. 81, julio, pp. 26-35.
- RAMOS GONZÁLEZ, S. (2021), «Comentari als articles 621-16 a 621-19», *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Egea i Fernàndez, J., Ferrer i Riba, J. (dirs.), Farnós i Amorós, E. (coord.), Atelier, Barcelona, pp. 194-223.
- REMY, P. (2009a), «L'effet translatif», *Pour une réforme du Droit des contrats*, Terré, F. (dir.), Dalloz, Paris, pp. 249-252.
- (2009b), «L'inexécution du contrat», *Pour une réforme du Droit des contrats*, Terré, F. (dir.), Dalloz, Paris, pp. 253-260.
- RICCOBONO, S. (1912), «Traditio Ficta», *ZSS*, vol. XXXIII, pp. 259-304.
- ROBAYE, R. (1987), *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit romain*, Bruxelles.
- ROBERTIS, F. M. DE (1962), *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustiniana*. vol. I, Bari.
- (1982), *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione*, vol. II, Bari.
- ROCA SASTRE, R. M. (1948), «El riesgo en el contrato de compraventa», *Estudios de Derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 384-403.
- ROCHFELD, J. (2006), «Inexécution des obligations (art. 1157 à 1160-1)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations et de la prescription*, Catala, P. (dir.), La documentation française, Paris, pp. 53-55.
- RODGER, A. (1982), «Emptio perfecta revisited: A study of Digest 18, 6, 8, 1», *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. L, núm. 4, pp. 337-350.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013), *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid.
- (2014), «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la strict liability», *RDC*, vol. I, núm. 4, octubre-noviembre, pp. 155-187.
- (2021), «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles», *ADC*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 491-558.
- ROJO AJURIA, L. (1997), «Comentario a los artículos 4 y 5», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la*

- Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 72-91.
- ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (1974), *La responsabilidad civil del fabricante*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- ROTH, P. M. (1979), «The Passing of Risk», *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, núm. 2-3, pp. 291-310.
- RUBIO, J. (1950), *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid.
- RUIZ ARRANZ, A. I. (2022), *La estructura de la restitución contractual*, Tesis para la obtención del grado de Doctor, Universidad autónoma de Madrid.
- SALA, J. (1832), *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.^a ed., corr, Madrid.
- SALEILLES, R. (1925), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour L'Empire allemand*, 3.^a ed., Paris.
- SALVADOR CODERCH, P. (1997), «Comentario a los artículos 79 y 80», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, Madrid, reimpr. 2006, pp. 635-659.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1969), *Instituciones de Derecho mercantil*, 12.^a ed. 1986, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (1986), «El Código de comercio y los contratos mercantiles», *Centenario del Código de comercio*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 213-260.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2017), «La transmisión del riesgo al comprador consumidor en las compraventas con transporte de mercancías: art. 66 ter TRLGDCU», *RDC*, vol. IV, núm. 1, pp. 1-29.
- SARGENTI, M. (1954), «Problemi della responsabilità contrattuale», *SDHI*, vol. XX, pp. 127-258.
- (1989), «Rischio contrattuale (Diritto romano)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, AG, Varese, pp. 1126-1132.

- SAVAUX, E. (2016), «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, pp. 715-741.
- SCÆVOLA, Q. M. (1957), *Código civil comentado y concordado extensamente*, t. XIX, 2.^a ed., Marín Pérez, P. (rev.), Reus, Madrid, 1957.
- (1970a), *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXIII, vol. I, 2.^a ed., Bonet Ramón, F. (rev.) Reus, Madrid.
 - (1970b), *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXIII, vol. II, 2.^a ed., Bonet Ramón, F. (rev.) Reus, Madrid.
- SCHAUB, R. (2020), «§ 446 BGB. Gefahr- und Lastenübergang, § 447 BGB. Gefahrübergang beim Versendungskauf», *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Article-by-Article Commentary. Volume I: Books 1-3*, Dannemann, G, Schulze, R. (eds.), Watson, J. (assist. ed.), CH Beck, München, pp. 323-325, 385-387.
- SCHLECHTRIEM, P. (1984), «The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *International sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Galston, N. M., Smit, H. (eds.), Bender, New York, pp. 6.1-6.35.
- SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Articles 8-9», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 144-196.
- SCHROETER, U. G. (2010), «Article 25», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 398-437.
- SCHULZ, F. (1960), *Derecho romano clásico*, Santa Cruz Teigeiro, J. (trad.), Bosch, Barcelona.
- SCHULZE, R. (2020), «§ 243 BGB. Gattungsschuld, § 269 BGB. Leistungsort», *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

- Article-by-Article Commentary. Volume I: Books 1-3*, Dannemann, G., Schulze, R. (eds.), Watson, J. (assist. ed.), CH Beck, München, pp. 323-325, 385-387.
- SCHWENZER, I. (2010), «Articles 35-44, 74-77, 79-80», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 568-688, 999-1048, 1062-1094.
- SCIALOJA, V. (1907), *Compra-Vendita: Esegesi del Tit. I, Lib. XVIII del Digesto*, Roma.
- SEALY, L. S. (1972), «“Risk” in the Law of Sale», *Cambridge Law Journal*, 31 (1), April, pp. 225-247.
- SECO CARO, E. (2009), «El contrato mercantil de compraventa», *Tratado de Derecho mercantil*, Olivencia, M., Fernández-Nóvoa, C., Jiménez de Parga, R. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SERAFINI, F. (1906a), *Instituciones de Derecho romano*, vol. I, 7.^a ed., Serafini, E. (rev.), Dios Trías, J. de (trad.), Barcelona.
- (1906b), *Instituciones de Derecho romano*, vol. II, 7.^a ed., Serafini, E. (rev.), Dios Trías, J. de (trad.), Barcelona.
- SÉRIAUX, A. (2006), «Res perit domino», *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l’honneur d’Yves Serra*, Dalloz, Paris, pp. 387-408.
- SEVÓN, L. (1985), «Passing of Risk», *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984*, Schulthess, Zürich, pp. 191-206.
- SILVEIRA MARCHI, E. C. (2001), «Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae» *Labeo*, vol. XLVII, núm. 3, pp. 384-410.
- SOHM (1951), R., *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, Roces, W. (trad.), Gráfica Panamericana, México.
- SOTO NIETO, F. (1965), *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Nauta, Barcelona.
- SPELLENBERG, U. (2009), «Transfer of property and risk of loss in French, English and German Law», *Risk and the Law*, Woodman, G. R., Klippel, D. (eds.), Routledge-Cavendish, Abingdon (Oxon), pp. 114-131.

- STEPHENS, D. J. (2000), «Introduction: The contract for the Sale of Goods», *Sale of Goods*, Mckendrick, E. (ed.), Informa Law from Routledge, Abingdon and New York, reimpr. 2014, pp. 1-55.
- STOCKS, M. (1993), «Risk of Loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», *Northwestern University Law Review*, 87(4), pp. 1415-1458.
- TALAMANCA, M. (1990), *Istituzioni di Diritto romano*, AG, Milano.
- (1993), «Vendita (Diritto romano)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, pp. 303-475.
 - (1995), «Considerazioni sul periculum rei venditae», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, vol. VII, pp. 217-296.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2000), *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TALLON, D., «Articles 79-84», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M., Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, 1987, pp. 572-612.
- TAPIA, E. DE (1837), *Febrero Novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos. Refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, t. II, 3.^a ed., Valencia.
- TEBEL, D. (2019), «Articles 41-44», *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Brunner, C., Gottlieb, B. (eds.), Wolters Kluwer, Croydon, pp. 287-331.
- TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., CHÉNEDÉ, F. (2018), *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., Dalloz, Paris.
- THORNE, S. E. (1968), *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. II, Thorne, S. E. (not., trans.), Woodbine, G. E. (ed.) Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- TOLLEY, A. (2000), «Delivery, acceptance and payment», *Sale of Goods*, Mckendrick, E. (ed.), Informa Law from Routledge, Abingdon and New York, reimpr. 2014, pp. 289-316.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2014), «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de la propiedad: hacia una definitiva desconexión

- conceptual y temporal en sede de armonización europea», *ADC*, t. LXVII, fasc. I, pp. 113-168.
- TREITEL, G. (2014), *Frustration and Force Majeure*, 3.^a ed., Thomson Reuters, London.
- TROPLONG, R. T. (1845), *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la vente ou commentaire du Titre VI et du Livre III du Cde civil*, t. I, 4.^a ed., Paris.
- TUNC, A. (1958) «La transmisión de los riesgos en la ley uniforme», *ADC*, 1987, pp. 1063-1070.
- (1966), «Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la Vente international des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente», *Conference diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964. Actes*, t. I, Ministère de la Justice des Pays-Bas, pp. 358-391.
- TWIGG-FLESNER, C. (2012), «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir.), Arroyo Amayuelas, E. (coord.), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 81-105.
- UNIDROIT (2018), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016*, UNIDROIT, Roma.
- URÍA, R. (1958), *Derecho mercantil*, 27.^a ed. 2000, Aparicio, M.^a L. (ed.), Marcial Pons, Madrid.
- VASSALLI, F. E. (1909), «Delle obbligazioni di genere in Diritto romano», *Studi Senesi*, vol. XXVI, pp. 51-116.
- (1914), «Dies vel condicio», *BIDR*, vol. XXVII, pp. 192-274.
- VERDERA SERVER, R. (2013), «Comentario a los arts. 1088 a 1099», *Comentarios al Código civil*, t. VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 7947-8052.
- VICENTE Y CARAVANTES, J. (1850), *Código de comercio*, 4.^a ed., Madrid.
- VIDAL OLIVARES, Á., OVIEDO ALBÁN, J. (2016), «Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde

- el incumplimiento y los remedios del comprador», *Revista de Derecho privado*, núm. 31, jul-dic, pp. 153-185.
- VILLAVICENCIO ARÉVALO, F. F. (1950), «La facultad de disposición», *ADC*, pp. 1025-1056.
- VISSCHER, F. DE (1914), *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel. Étude du Droit romain suivie d'un examen de la jurisprudence moderne*, Bruxelles.
- VOCI, P. (1946a), «La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica», *Scritti Di Diritto Romano in Onore Di Contardo Ferrini*, Archi, G. G. (ed.), Milano, pp. 383-399.
- (1946b), *La Dottrina romana del contratto*, Milano.
- (1990), «‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’: I dati fondamentali», *SDHI*, vol. LVI, pp. 29-143.
- (1994), *Istituzioni Di Diritto Romano*, 4.^a ed., AG, Milano.
- VOLTERRA, E. (1988), *Instituciones de Derecho privado romano*, reimpr., Daza Martínez, J. (trad.), Civitas, Madrid.
- VON BAR, C., CLIVE, E. (2009a), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 1, Von Bar, C., Clive, E. (eds.), Sellier, Munich, 2009.
- (2009b) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 2, Von Bar, C., Clive, E. (eds.), Sellier, Munich.
- VON BAR, C., DROBNIG, U. (2004), *The interaction of Contract law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study*, Sellier, München.
- WATSON, A. (1965), *The law of obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon, Oxford.
- (1993), *Legal transplants. An approach to comparative law*, 2.^a ed., University of Georgia Press, Athens Georgia.
- WIDMER, C. (2010), «Articles 30-34», *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Schwenger, I. (ed.), 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 490-567.

- WILL, M. (1987), «Articles 25, 45-52», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, C. M. / Bonell, M. J. (eds.), Giuffrè, Milan, pp. 205-221, 329-382.
- WINDSCHEID, B. (1902), *Diritto delle Pandette*, vol. I, part. 1.^a, Fadda, C., Bensa, P. E. (trad.), Torino.
- (1904), *Diritto delle Pandette*, vol. II, part. 2.^a, Fadda, C., Bensa, P. E. (trad.), Torino.
- WOLF, J. G. (2001), «Per una storia dell'emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione», *IURA*, vol. LII, pp. 29-56.
- WORTHINGTON, S. (2000), «Passing of property», *Sale of Goods*, Mckendrick, E. (ed.), Informa Law from Routledge, Abingdon and New York, reimpr. 2014, pp. 57-105.
- YARON, R. (1959), «Sale of wine», *Studies in the Roman law of sale dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Daube, D. (ed.), Clarendon, Oxford, pp. 71-77.
- ZIMMERMANN, R. (1996), *The Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Clarendon, Oxford.
- ZOLL, F. (2012), «Articles 87-122», *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Schulze, R. (ed.), Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, pp. 396-532.
- ZOLL, F., WATSON, J. (2012), «Articles 140-146», *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Schulze, R. (ed.), Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, pp. 602-615.
- ZULUETA, F. DE (1945), *The Roman law of sale. Introduction and Select Texts*, 3.^a ed., reimpr. 1966, Clarendon, Oxford.



La presente tesis analiza la disciplina de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa; antiguo expediente tradicionalmente cuestionado y cuyo fundamento y alcance no se acaba de comprender o, al menos, sigue siendo objeto de disputa. El contexto jurídico español se encuentra en un período de reflexión en lo que respecta a la modernización de su decimonónica regulación del Derecho de obligaciones. Tal actualización atañe también a la regulación de las clásicas normas sobre la transmisión del riesgo y abre el debate de cómo procedería acometerse, pues estas normas siguen presentes en los instrumentos jurídicos enmarcados en el denominado «nuevo Derecho de contratos». Este estudio desvela los principios que informan esta antigua disciplina y defiende que, actualmente, es posible prescindir de ella.