

La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

RESUMEN

*El momento de transmisión del riesgo por pérdida o deterioro casual estuvo dominada durante siglos por la regla romana *periculum est emptoris*. Ello cambió durante el periodo de la Codificación cuando aquella se considera irracional y se encontró una nueva solución a través del principio *casum sentit dominus*, conectando la transmisión del riesgo con la transferencia de la propiedad. Se adopta una vinculación conceptual y/o temporal, bien en el momento de la conclusión del contrato o en la ejecución (entrega) en los códigos francés y alemán. Incluso esta cuestión formó parte esencial de la decisión sobre el sistema consensual de transmisión de propiedad en el Code. Esa diferente conexión se refleja en los sistemas nacionales europeos, pero se rompe en la CISG donde el traslado del riesgo se regula de modo autónomo, bajo criterios pragmáticos y fácticos basados en el control físico del objeto y dentro del cumplimiento recíproco del contrato. Esta regulación ha influido en los instrumentos de armonización europea, tanto académica (DCFR) como también en las Directivas de protección al consumidor y la Propuesta de normativa común sobre compraventa europea. Todas estas normas ponen de relieve un entendimiento común sobre la regulación de la transmisión del riesgo, que además encaja bien en aquellos sistemas de transferencia de dominio basados en la entrega, pero no así en los sistemas consensuales, donde se evidencia claramente la distorsión respecto al momento de la transmisión de la propiedad.*

PALABRAS CLAVE

Transmisión del riesgo; Transmisión de propiedad; Entrega; Armonización europea; Protección al consumidor; Borrador de Marco Común de Referencia; Compraventa internacional; Codificación; Periculum est emptoris; Casum sentit dominus.

ABSTRACT

The time of passing of risk in case of lost or damage was dominated over the centuries by the Roman rule periculum est emptoris. This changed during the Codification period when that rule was considered irrational and a solution was found through the principle casum sentit dominus, connecting the passing of risk with the transfer of ownership. A conceptual and/or temporal link, either at the moment of the conclusion of the contract or at the performance (delivery) is adopted in the French and German codes. Even this issue was an essential part of the decision on the consensual transfer of ownership in the French Code. This different connection is reflected in the national European systems but it is broken by the CISG, in which the passing of risk is addressed in an autonomous way, under pragmatic and factual criteria based on the physical control of the object of sale and within the reciprocal fulfilment of the contract. This regulation has influenced the European instruments of harmonisation, not only the academic (DCFR) but also the consumer protection Directives and the Proposal on a common European Sales Law. All these instruments highlight a common understanding on the regulation of the passing of risk, which fits in well with those systems of transfer of property based on delivery, but not so much with those based on consensus, where the distortion in relation to the transfer of ownership is plainly shown.

KEYWORDS

Passing of risk; Transfer of ownership; Delivery; European harmonisation; Consumer protection; Draft Common Frame of Reference; International Sale; Codification; Periculum est emptoris; Casum sentit dominus.

SUMARIO: 1. Objeto de estudio.-2. Punto de partida: La encrucijada entre compraventa y transmisión de dominio.-3. El cambio de paradigma: Derecho natural y Codificación.-4. Panorama de los sistemas jurídicos europeos en relación a la transmisión del riesgo.-5. La desconexión del riesgo respecto a la propiedad bajo perspectiva fáctica en la compraventa internacional. 5.1. Puesta a disposición, entrega y control fáctico. 5.2. Enfoque contractual desvinculado de efecto jurídico-real en CISG. 5.3. La transmisión de la propiedad ausente en la CISG: regulación por derecho interno.-6. La regulación contractual del paso del riesgo en el DCFR.-7. Ausencia de correlación entre el momento para el paso del riesgo y para la transmisión de la propiedad en el DCFR.-8. El riesgo del precio en las Directivas comunitarias de protección al consumidor. 8.1. La derogación implícita de la máxima *periculum emptoris* en la Directiva 99/44/CE. 8.2. La adquisición de

la posesión material como criterio comunitario explícito de transmisión de riesgo en la Directiva sobre derechos de los consumidores. 8.3. El riesgo del precio en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL).-9. Conclusiones.

1. OBJETO DE ESTUDIO¹

La necesidad de fijar el momento temporal de transmisión del riesgo por pérdida o deterioro casual del objeto de la compraventa mobiliaria² en el periodo que puede transcurrir entre la perfección del contrato y la ejecución del mismo (riesgo del precio)³ ha estado dominada durante siglos por la regla romana *periculum est emptoris* sin que exista un consenso claro en la romanística sobre su origen ni su presencia en la época clásica ni su alcance en la jurisprudencia romana. La solución que dio el Derecho romano quebró durante la codificación apareciendo otros criterios que fueron incorporándose en los cuerpos de derecho civil y mercantil generando una divergencia que llega hasta nuestros días.

El tema tan profusamente estudiado durante siglos bajo todos los enfoques (histórico, dogmático y práctico) tanto en el ámbito internacional y nacional, en el Derecho civil y mercantil, bajo una literatura científica inabarcable, despierta un renovado interés en el momento en que se pretende una unificación normativa europea. A los efectos del presente trabajo nos centraremos en el punto temporal de transferencia del riesgo en relación con la desconexión conceptual respecto a la de la propiedad en ese contexto armonizador.

¹ Mi agradecimiento al *Centre for the Study of European Contract Law* (Universiteit van Amsterdam) dirigido por el Prof. Martijn W. Hesselink donde se ha llevado a cabo parte de este trabajo.

² Aunque puede afrontarse esta cuestión del riesgo en otros contratos sinalagmáticos diferentes a la compraventa, es en este contrato donde se plantea con toda su fuerza por ser traslativo de dominio.

³ Cabe hablar de «riesgos» para englobar tanto el riesgo que implica la pérdida de la propiedad sobre el objeto de contrato, como el riesgo del pago del precio. Cuando se habla de riesgo en singular se alude principalmente al riesgo del pago del precio. Este es el riesgo que afecta exclusivamente a la esfera de las obligaciones, al contenido resultante del contrato de compraventa en el que se ha diferido la entrega del objeto. El *periculum obligatio-nis* se contraponen al *periculum rei* en el cual el propietario de una cosa ve disminuido su patrimonio desde el momento en que ésta se pierde o deteriora, ello sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder contra terceros o derivadas de un posible contrato de seguro.

Según ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. J.M. Rodríguez Olmos, ed. Univ. Externado Colombia, 2010 (ed. original 2001), pp. 146-148 (*periculum emptoris*) es en la Edad Media cuando «surge el doble significado del concepto de riesgo: ¿Debe el vendedor entregar otro objeto de la misma clase si el que pretendía entregar se perdió (*Leistungsgefahr*)? ¿Y debe el comprador pagar aún cuando no recibió la cosa pactada (*Gegenleistungsgefahr*)» [147].

Siendo como es la transmisión de riesgo del precio un efecto derivado de la dinámica de cumplimiento del contrato, se presenta imbricado en la esfera jurídico-real en no pocos derechos nacionales y por lo tanto se trata de analizar en qué medida el esfuerzo armonizador supone una superación definitiva de esta conexión y un regreso a su sede originaria, el contrato, si bien bajo un criterio temporal diferente.

Las siguientes páginas abordan en primer lugar, la cuestión de la transmisión del riesgo y su conexión conceptual con la transmisión de dominio en el *Code* francés, así como su influencia en los sistemas consensuales de transferencia de propiedad y el panorama europeo de sistemas de transmisión del riesgo a los efectos de lograr una armonización europea.

En segundo lugar, la desconexión conceptual de la propiedad mediante el planteamiento al que se acude en la compraventa internacional de mercaderías. La decisión sobre la transmisión del riesgo a fin de dotarle de una regulación más adecuada en la Convención hecha en Viena el 11 de abril de 1980⁴, en adelante CISG⁵, uno de los cuerpos jurídicos internacionales más importantes en el proceso de unificación jurídica, es el punto de inflexión hacia un enfoque estrictamente contractual y fundado en razones económicas y prácticas.

Y en tercer lugar, la recepción en el proceso de aproximación de Derecho contractual europeo, tanto en su faceta académica⁶, del Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)⁷, como en la normativa comunitaria en ven-

⁴ En vigor en España desde 1.08.1991.

⁵ En el año 2012 es aplicable en más de 78 países, entre ellos, casi todos los países comunitarios con la destacada excepción de Reino Unido, Irlanda y Portugal.

⁶ Tras varios años de esfuerzo académico con impulso institucional europeo que se hace patente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo Bruselas, 11.07.2001 COM (2001) 398 final (2001) 398 final y en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM (2001) 398 + C5-0471/2001 + 2001/2187(COS)). Dos años después la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo: Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción de la Comisión proponiendo mejorar la calidad y coherencia de un Derecho europeo contractual estableciendo un marco común de referencia, COM (2003) 68, 12.2.2003; Resolución del Consejo sobre «Un derecho de contratos europeo más coherente», OJ 2003/C 246/01; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: derecho contractual europeo y revisión del *acquis*: el camino hacia adelante, 11.10.2004, COM (2004) 651 final. Así como los informes posteriores de la Comisión: primer informe anual sobre Derecho contractual europeo y la Revisión del *acquis*, COM (2005) 456 final de 23.09.2005 y un segundo informe de 25.07.2007, sobre el Marco común de referencia, COM (2007) 447 final, en el que se aparta de la idea de un Código Civil europeo.

⁷ VON BAR, C. y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Interim Outline Edition, Sellier, Munich, 2008; y edición completa que incluye comentarios de los redactores y notas rela-

tas de consumo, y en la Propuesta de Reglamento sobre un derecho de compraventa europeo⁸.

2. PUNTO DE PARTIDA: LA ENCRUCIJADA ENTRE COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE DOMINIO

En el estudio realizado en el año 2004 con vistas a facilitar información a la Comisión Europea para la construcción del Marco Común de Referencia, coordinado por los profesores Christian von Bar y Ulrich Drobnig («*Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract*»)⁹, se abordan temas fronterizos entre el derecho de contratos y el derecho de propiedad, como lo es la correlación entre el contrato traslativo y la transmisión del título. Aspecto esencial dado el objetivo del estudio de facilitar la aproximación jurídica a la vista de que «los principios que gobiernan este tema están en las bases de la propiedad privada de nuestros sistemas jurídicos»¹⁰, y habría que añadir que lo están desde su consideración histórica más arraigada¹¹.

tivas a los derechos de los diferentes sistemas jurídicos europeos: VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition prepared by the Study Group of European Civil Code and the Research Group on EC Private law (Acquis Group). 6 vol., Sellier, Munich, 2009. Traducciones españolas con comentarios en: VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Bosch, Barcelona, 2011, y en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, 2012.

⁸ COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD).

⁹ Se trata de un estudio realizado por un grupo de investigadores de varios países europeos coordinados por Christian von Bar y Ulrich Drobnig. El informe se presentó el 23 de febrero de 2004 ante la Comisión Europea: Salud y Protección al consumidor. *Directorate General*. El estudio ha sido publicado en: VON BAR, C. y DROBNIG, U., *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, Munich, 2004. Sobre «Passing of risk»: §§ 488-491 pp. 329-330.

¹⁰ VON BAR-DROBNIG [n. 9], p. 324.

¹¹ MAX KASER, «Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna», trad. Juan Miquel, *Seminarios de Derecho de la Universidad de Valladolid*, 1962, p. 7, consideraba que «la vinculación entre compraventa y transmisión de propiedad es uno de los problemas centrales de todo el Derecho privado, en el cruce entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas». Ver en VACCA, L. y CANNATA, C.A. (eds.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 1992, las diversas ponencias que desde la perspectiva histórica y nacional se presentaron en aquel evento. En nuestra doctrina: MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, «Compraventa y transmisión de la propiedad», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano V-1993*, Madrid, 1994, pp. 89-117 y en la romanística moderna española: BELDA MERCADO, J., *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática moderna*, Comares, Granada, 2001; PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a P., «La Compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado Europeo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 2006, pp. 201-248.

Como es sabido, a grandes rasgos, los dos grandes modelos de transmisión de propiedad de bienes muebles (los autores citados prefieren utilizar la expresión *approach*, mejor que sistema) son: De un lado, aquellos con enfoque unitario (*unitary approach*)¹², como Francia, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Italia y Portugal. En este grupo de países el *Code* francés ha sido el modelo a seguir¹³, bajo la premisa de que el comprador adquiere la propiedad en el momento de perfección del contrato, sin que se haya entregado la cosa o pagado el precio, esto es, una vía consensual de transferencia de propiedad¹⁴. De otro lado, los que desvinculan la adquisición del contrato mismo. Este sistema (*split approach*) deriva del Derecho romano donde se requería otro acto –de ordinario la *traditio*, también la *mancipatio* e *in iure cessio*, en menor medida, para la adquisición de dominio, y que ha dejado su impronta en países como Alemania, que partiendo de esta idea desarrollada a través de la Pandectística, introduce la existencia de un acuerdo adicional independiente que determina la transmisión propiamente dicha (*Trennungsprinzip*). No obstante, dentro de los países que comparten esta idea de separación entre acuerdo y efecto transmissivo, el BGB hace independiente la transmisión de la validez del contrato subyacente y además bajo el principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*)¹⁵, mientras que otros como España, Países Bajos, Suecia (con la excepción respecto a este país de los contratos de consumo) y Austria¹⁶, con matices muy diferentes entre ellos, son sistemas causalistas. De todo ello resultan tres tipos prin-

¹² COING, H., *Derecho privado europeo*, t. I, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 494, acude a la expresión «principio unitario o contractual puro».

¹³ Arts. 1624, 1138, 1583.

¹⁴ Ver WITZ, C., «Analysis critique des règles régissant le transfert de propriété en Droit française á la lumière du Droit allemand», en M. MARTINEK, J. SCHMIDT y E. WALDE, *Festschrift für Günter Jahr*, Vestigia Iuris, Tübingen, 1994, pp. 533-549.

¹⁵ Sobre el principio de separación en nuestro Derecho, ver MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7765, 29.12.2011, pp. 12-14, que subraya que el principio de separación es necesario no sólo en el sistema alemán (de funcionamiento abstracto), sino también en los sistemas causalistas como el nuestro, aunque la relación sea distinta: «debemos tener claro que hay dos momentos en la transmisión de propiedad y que hay unos requisitos que afectan al contrato obligacional, capacidad de obrar, mientras que otros afectan al acto dispositivo, propiedad o poder de disposición», como puede verse claramente la distinción en la reserva de dominio. Véase asimismo FUENTESECA DEGENEFEE, C., *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, 2012, sobre el negocio jurídico abstracto alemán y la búsqueda de una aproximación entre éste y el sistema español.

¹⁶ El caso austríaco presenta singularidades que llevan a la doctrina y a la jurisprudencia a matizar la aplicación del principio de separación (art. 380): VON BAR-DROBNIG, [n. 9] pp. 326-327.

cipales de sistemas: causal consensual, abstracto con *traditio* y causal con *traditio*¹⁷.

No se trata aquí de profundizar en los sistemas de transmisión de propiedad mobiliaria europeos, sino de destacar la interrelación con la cuestión de la transferencia del riesgo. Para ello el punto de inflexión es el periodo codificador¹⁸.

Es entonces cuando la regla romana *periculum est emptoris* toma rumbos diferentes en cada uno de los sistemas nacionales. A partir de entonces, la transferencia del riesgo como efecto obligatorio derivado del contrato, que afecta al plano contractual bilateral, inter-partes, comienza a amalgamarse con la transmisión del título en algunas codificaciones apartándose de la regla romana *periculum est emptoris*. Se produce el cambio de paradigma.

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA: DERECHO NATURAL Y CODIFICACIÓN

Esta alteración tiene lugar durante la Codificación, momento en el cual la cuestión del paso del riesgo fue parte esencial de la deter-

¹⁷ Ver DROBNIG, U., «Transfer of Property», en A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, CH. MAK, E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, 4.^a ed. revisada y ampliada, Kluwer Law International BV, Nijmegen, 2011, pp. 1003-1023, para un estudio de los diferentes sistemas europeos de transmisión de la propiedad y las perspectivas de armonización europea. Por su parte, VAN VLIET, L., *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2000, marca dos líneas divisorias (causal/abstracto y consensual/con traditio), de ahí resultan los tres tipos principales de transmisión de propiedad.

Ver estudios comparados en: WELBROECK, M., *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 19-47; PABLO CONTRERAS, P. de, «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en S. CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 951-966.

Otras referencias de cara a la armonización pueden encontrarse en: CAREY MILLER, D.L., «Passing of Property: Finding the Fundamentals», en S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo. Basis of a European Contract Law*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 471-485; SAGAERT, V., «Consensual versus delivery systems in European Private Law-Consensus about tradition?», en W. FABER y B. LURGER, *Rules for the transfer of movables. A candidate for European Harmonisation or National reforms*, European legal Studies (vol. 6), Sellier, Munchen, 2008, pp. 9-46 [16, 37-39: «transfer of risk»]; SACCO, R., «A Comparative Analysis: The contractual transfer of ownership of movable property», en M. BUSSANI y F. WERRO, *European Private Law. A Handbook*, Berna, 2009, pp. 89-128; MATTEI, U., «La transmisión de la propiedad», en ORDUÑA MORENO-DE LA PUENTE ALFARO, *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2009, pp. 123-146.

Acerca de estos principios y su superación: FERRARI, F., «Abstraktionsprinzip, traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobile. Una superabile divaricazione?», en *Rivista di Diritto Civile*, 1993, anno xxxix (parte prima), pp. 729-757.

¹⁸ ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, [n. 3], p. 21, sobre el proceso de codificación iniciado a finales del siglo XVIII considerado generalmente como un momento crucial en el desarrollo del derecho privado europeo.

minación sobre el sistema de transmisión de la propiedad mobiliaria. Para Kaser/Knütel¹⁹, a partir del Derecho Natural la cuestión del riesgo se desarrolla en un doble sentido: de un lado, en Francia donde la propiedad se vincula en el *Code* (1804) al contrato de compraventa y se hace al comprador soportar el riesgo, tratándose de cosas específicas, haciendo realidad la regla *res perit domino* (art. 1138)²⁰; y de otra parte, por el contrario, una de las primeras codificaciones, la de Prusia, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), que considera que transmitir el riesgo al comprador como lo hace el Derecho romano de un modo temprano contradice la regla *casum sentit dominus*, no se ajusta a la naturaleza sinalagmática de la compra y no es justo cargar al comprador con el riesgo cuando no tiene la posesión y no puede tomar medidas de aseguramiento²¹.

Por lo tanto en Francia la determinación del momento de transmisión del riesgo formó parte de la decisión sobre la transmisión de la propiedad. Si el comprador tenía que soportar el riesgo, debía ser el propietario de los bienes. Von Bar y Drobnig afirman que ésta fue «una de las razones (la cursiva es de los autores), por la cual Francia adoptó el criterio unitario del *consensus* para la transmisión de propiedad»²².

Profundizar en esta vinculación, implica acudir al pensamiento iusnaturalista inspirador del *Code* que llevó a la ruptura con la regla romana. Alan Watson en su libro *Legal Transplants*²³, explora la influencia de aquellas opiniones que condujeron al Código francés al apartamiento de lo que era hasta entonces una regla romana aceptada durante siglos en derecho francés, como refleja Pothier²⁴.

La regla *periculum est emptoris* recibió críticas en el Derecho natural por carecer de razón e injusta. Tanto Grotius (1583-1645)²⁵,

¹⁹ KASER, M. - KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 18 ed., C.H.Beck, Munchen, 2005, § 41: Der Kauf. Apdos. 20-24: Gefahrübergang, pp. 209-211.

²⁰ Art. 1138: «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».

²¹ KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* [n. 19] p. 211.

²² VON BAR-DROBNIG, *The interaction*, [n. 9] §488.

²³ WATSON, A., *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, 2.^a ed., The University of Georgia Press, Athens-London, 1993 (Chapter 14: «Transfer of ownership and risk in sale», pp. 82-87).

²⁴ POTHIER, R., *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris, 1762, parte IV, §308. Trad. inglesa por L.S. Cushing, 1839. Pothier se decanta por la regla romana con reservas: («yet it must be acknowledged, that the question is not without difficulty, and it seems even that the Romans themselves were not unanimous in their decision of it» [p. 189].

²⁵ Quien en su obra más conocida *De Iure Belli ac Pacis* (Paris, 1625). Trad. española: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, trad. J. TORRUBIANO RIPOLL, t. II, ed. Reus,

como posteriormente Pufendorf (1632-1694) consideran que hasta que no hay entrega, no procede que pase el riesgo al comprador. En concreto, Pufendorf hace coincidir el momento de la transferencia de la entrega con la transmisión de la propiedad, entendiendo que la regla romana entra en contradicción con *res perit domino*²⁶. Su obra fue traducida del latín y comentada al francés por Barbeyrac (1674-1744), quien entenderá que la mejor solución es hacer que la propiedad y el riesgo pasen juntos pero en el momento del acuerdo²⁷.

Por ello Watson afirma que aunque no haya prueba directa, es plausible afirmar que este estado de opinión y sobre todo la expresada por Barbeyrac es la responsable de la norma del Código Civil francés y de que éste se separase de la tradición jurídica continental²⁸, y de algún modo, si bien de modo indirecto, el propio Pothier tuvo su influencia²⁹. La regla romana se consideró contraria al Derecho natural y se optó por convertir al comprador en propietario desde el mismo momento del contrato, generando un vínculo entre el efecto jurídico-real del contrato y la transferencia del riesgo. Incluso bajo el prisma racionalista, Portalis³⁰, en su *Discours*

Madrid, 1925, p. 208 (Lib. II, Cap. XII, XV) afirma que «[...] en la venta y la compra puede trasladarse e dominio sin la entrega en el mismo instante del contrato... que la cosa está a riesgo del comprador y que le pertenecen a él los frutos antes de traspasarse el dominio, son invenciones del Derecho civil, que no se observan en todas partes, antes al contrario, que opinaron los más de los legisladores, que hasta la entrega la cosa estuviese a provecho y riesgo del vendedor [...]». Según WATSON, [n. 23] p. 83, parece que su opinión no siempre fue consistente y en alguna ocasión criticó la opinión de los juristas romanos y en otras no.

²⁶ PUFENDORF, *Le Droit de la nature des gens, ou système general des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, trad. Jean Barbeyrac, t. II, Amsterdam, 1734, Libro V, Cap. V, §3, dedica una notable atención a esta cuestión (pp. 64 a 67).

²⁷ WATSON, [n. 23] aporta unos interesantes datos biográficos de Jean Barbeyrac, hugonote que abandona Francia después de la revocación del Edicto de Nantes de 1685, enseña sucesivamente en las Universidades de Berlín, Lausana y Groningen. Fue editor de la obra de Grotius: *De Iure Belli ac Pacis*, así como editor y traductor al francés de la obra *De Iure Naturae et Gentium* (1672). La doctrina francesa consagró la idea arraigada en la escuela del Derecho Natural que veía suficiente la voluntad para transmitir la propiedad: véase OURLIAC, P. y MALAFOSSE, J. de, *Droit romain et Ancien Droit. Les obligations*, Paris, 1957, pp. 258-259 y 267.

²⁸ A lo que hay que añadir la influencia de la práctica notarial francesa consistente en extender la *traditio ficta* romana a la venta de tierras de suerte que el otorgamiento de la escritura y el traspaso del documento fueran suficientes para entender transmitido el dominio (la llamada cláusula *dessaisin-saisine*). Según VAN VLIET, *Transfer of movables*, [n. 17] pp. 76-81, en realidad la decisión del *Code* de que la propiedad pasara en el momento del contrato no fue un gran cambio debido a esta espiritualización de la *traditio* y esa cláusula generalizada en el ámbito notarial (este autor considera el sistema francés como causal). También véase BELDA, *Presupuestos romanísticos*, [n. 11] pp. 183-194.

²⁹ Según WATSON [n. 23] pp. 85-87, la casualidad jugó un importante papel en la decisión de los codificadores y entiende que a la postre Pothier también influyó en la idea adoptada por el *Code*, siquiera llamando la atención sobre opiniones discrepantes que hubieran sido pasadas por alto de no haber sido recogidas por él.

³⁰ Jean-Étienne-Marie PORTALIS [1746-1807]. De la nota biográfica en la traducción al castellano por CREMADES, I. y GUTIÉRREZ MASSON, L., *Discurso preliminar al Código Civil Francés*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 21-2, se desprende la influencia que el iusnatura-

préliminaire du premier projet de Code Civil (1801), considera que el Código refleja y desarrolla principios de derecho natural³¹.

Ciertamente, la romanística moderna ha rebatido con argumentos históricos la crítica que recibió del Racionalismo, porque *periculum emptoris* encajaba bien en los tiempos de la Roma primitiva donde la venta era al contado, se ejecutaban de modo inmediato las obligaciones, y el riesgo y la propiedad pasaban de forma inmediata al comprador en el momento de la conclusión del contrato. Posteriormente cuando fue posible posponer el acto de la transferencia de la propiedad, no quedó la regla como un «atavismo» sino que la regla de «*periculum est emptoris*» fue una «solución razonable» al considerarse que el bien ya pertenecía a la esfera económica del comprador³². En Roma tenía justificación dentro de una política de reparto de riesgos o de compensación al vendedor que asume «su parte», como es la responsabilidad por custodia, que correspondía al vendedor³³, y encajaba en el cruce de estipulaciones que determina responsabilidades independientes³⁴. Además, dado que el comprador podía aprovechar los frutos y demás beneficios de la cosa, como accesiones (*commodum eius esse debet cuius periculum est*), debía soportar el riesgo. Y era asimismo una consecuencia lógica de la estructura de la *emptio-venditio* como transacción que llevaba una redistribución del valor, ya que entre las partes el objeto de la compra-

lismo debió de tener en su formación. Estudió Derecho en Aix, en cuya Universidad su padre ocupaba la cátedra de Derecho Natural (p. 21).

³¹ Respecto a los contratos, Portalis afirma: «Al tratar los contratos, hemos desarrollado en primer lugar los principios de derecho natural que son aplicables a todos» (p. 90) y al derecho de propiedad: «El derecho de propiedad es en sí, por consiguiente, una institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del derecho mismo» (p. 65). El influjo del naturalismo lo recoge asimismo COING, [n. 12] t. I, p. 573 y t. II, p. 589.

³² De ahí que tenga que reembolsar los gastos al vendedor por el mantenimiento de la cosa mientras esté en su posesión, y el comprador tiene derecho a reclamar accesiones o frutos que surjan desde la conclusión del contrato, el comprador puede revender la cosa (la cual puede haber experimentado revalorización o depreciación). En este sentido no es «unnatural»: ZIMMERMANN, R., *The Law of obligations*, 2.^a ed, Clarendon Press, Oxford, 1996, Chapter 9: *Emptio Venditio II*, pp. 271-292 [290-291].

³³ La importancia de la custodia era esencial en la regla romana: SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, 1951, pp. 532-533; y otros innumerables trabajos de la romanística, ad ex.: YARON, R., «Remarks on Consensual Sale (with special attention to *periculum emptoris*)», *Roman Legal Tradition*, vol 2-2004, pp. 59-76 [74]; GUZMÁN BRITO, A., La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla «*periculum est emptoris*», *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, 2005, pp. 101-119 (114); SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho romano*, Madrid, 2006 (*Periculum emptoris*: pp. 271-286). Sobre la relación entre *periculum* y culpa ver también: MACCORMACK, G., «Further on *periculum*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. XXI, 1979, pp. 11-37.

³⁴ SCOGNAMIGLIO, M., «Note su sinallagma condizionale e *periculum rei venditae*» nel diritto romano», en L. GAROFALO, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, t. I, ed. Cedam, Padova, 2007, pp. 171-221.

venta era asignado al comprador una vez que el contrato se había celebrado³⁵, entendiéndose *emptio perfecta*³⁶. Cuando los compiladores justinianeos convierten el concepto clásico de *custodia* en una responsabilidad basada en la culpa, con ello se alteró considerablemente el equilibrio en la asunción de los riesgos de la compraventa clásica y deja de responder a esta lógica contractual. De otra parte, esta lógica de la regla romana era posible sobre cosas determinadas, no genéricas, cuando se generaliza sobre estas se pone de relieve su falta de justificación racional. Así que, como dice Zimmermann, «una vez más, lo que funcionó bien en el derecho romano no ofrece una solución razonable en el derecho actual»³⁷.

Por su parte, en Alemania tampoco se vio una justificación racional de la regla romana y se consideró contraria a la naturaleza y equidad de un contrato bilateral. Por ello, los redactores del BGB, también contrarios a esa regla bajo la influencia de la Pandectística, se desprendieron de ella, haciendo depender el riesgo del control físico de la cosa (por la entrega, por ej.) y no de la conclusión del contrato. Se alinea así la entrega, obligación esencial del vendedor, con el paso del riesgo. El criterio germánico encuadra el riesgo en la lógica contractual sinalagmática³⁸, que va a generalizarse en el siglo XX con independencia del modelo germánico de transferencia de propiedad³⁹.

³⁵ Se ha discutido mucho su vigencia en la época clásica: TALAMANCA, M., «Considerazioni sul *periculum rei venditae*», en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, VII, Madrid, 1995, pp. 217-296; ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, II, reimp. 2.ª d., Napoli, [1954] 1978, pp. 250-265. Ver sobre el tema: ZULUETA, F. de, *The Roman Law of Sale*, Oxford, Oxford University Press, 1957: «Transfer of Risk as between seller and buyer», pp. 30-35 [31, 33-34]; KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. 2.ª ed. alemana por L.P. Castro, ed. Labor, Barcelona-Madrid, 1937, pp. 326-328 (Acciones y riesgo en la compraventa: p. 327, acerca de la controversia sobre el clasicismo de la regla); RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs*, II, Gruyter&Mohr, Berlin-Tübingen, 1958, pp. 291-299 [299-301, sobre derecho romano e histórico de cada sistema jurídico].

³⁶ Normalmente coincidirá la perfección con conclusión del contrato, pero no siempre. Se está aludiendo con esta expresión a que la cosa esté identificada y no sea una cosa genérica, y que la venta no esté sometida a condición.

³⁷ ZIMMERMANN, *The Law of obligations* [n. 32] p. 148. Para un estudio exhaustivo sobre la evolución histórica y dogmática de *periculum emptoris* puede verse la tesis doctoral: BAUER, Martin, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (aborda derecho romano, derecho intermedio, derecho holandés y sudafricano).

³⁸ En el Derecho alemán, se ha percibido siempre el riesgo del precio como un problema que atañe al Derecho de obligaciones: EISSER, G., «Desarrollo y extensión del concepto de riesgo en la compraventa según el Derecho alemán», *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 519-532 [520].

³⁹ LARENZ, K., *Derecho de las obligaciones*, t. II, trad. J. Santos Briz, ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 104-114.

Por lo tanto, como afirma Zimmermann⁴⁰ las dos codificaciones tratan de hacer coincidir el paso del riesgo con la adquisición del dominio (*res perit domino*) dado que lo lógico y natural es que la cosa perezca para su dueño. El *Code* hace coincidir el principio *periculum est emptoris* con la transmisión de la propiedad, *res perit domino*; y el BGB también trata de reconciliar el paso del riesgo con este principio. La diferencia es que el francés lo vincula al acuerdo y el alemán separa la transmisión de la propiedad y el paso el riesgo del contrato mismo. En ambos casos se vieron estas soluciones más racionales que la regla romana que ciertamente se separa de «*res perit domino*».

En suma, podría decirse que las dos codificaciones francesa y germana buscaron dar solución al problema por una vía alternativa a la romana, mediante el principio *res perit domino*, haciendo pasar normalmente el riesgo al comprador cuando lo hace la propiedad⁴¹. Los dos modelos vieron irracional la regla *periculum est emptoris* y, aunque cada uno de ellos de una manera distinta, en este punto ambos tienen en común más de lo que aparentan: En el caso de Francia, la conexión entre riesgo y transmisión de dominio se asocia a la conclusión del contrato, al margen de cuando se produzca la ejecución del mismo; en el BGB hay una aproximación del riesgo a la transmisión de propiedad, pero indirecta y temporal. La coincidencia no es conceptual en este caso a nuestro modo de ver por la necesidad en el BGB de un acuerdo real transmisivo, a diferencia del *Code*, que sí incorpora una concurrencia no sólo temporal sino conceptual y directa de los tres momentos: el de la conclusión del contrato, la transmisión de propiedad y la transferencia del riesgo, que coinciden en el tiempo e integran el *rationale* del *Code* respecto al modo legal de transmisión de dominio.

Lo cierto es que el siglo xx se inicia con los consabidos tres posibles puntos de conexión: la perfección del contrato, la entrega de la cosa o la transmisión de la propiedad, con diferentes matices y excepciones. Y además la decisión de política legislativa sobre la determinación del paso del riesgo en el periodo codificador no fue ni ajena ni autónoma a la determinación del modo de transmisión de la propiedad al comprador, más aún, la vinculación que se produce en el *Code* francés es buscada con pretensión de dar racionalidad al sistema bajo el paradigma *res perit domino*. La solución francesa basada en ese racionalismo no será satisfactoria porque

⁴⁰ ZIMMERMANN, *The Law of obligations* [n. 32] p. 291 y del mismo autor: *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo, Bosch, Barcelona, 2008, p. 97.

⁴¹ ZULUETA, *The Roman Law of Sale* [n. 35] p. 34, suma Inglaterra: «English, French, and German law agree in bringing the doctrine of risk under the principle *res perit domino*, i.e. in making the risk pass to the buyer when the property does».

optar por *res perit domino* haciendo al comprador dueño mediante el acuerdo no implica una superación del problema en tanto no haya un contacto con el objeto o un control sobre el mismo⁴².

No sólo no solucionó el problema del traslado del riesgo, sino que creó un vínculo conceptual entre riesgo y propiedad, que aparte de no ser eficiente y no encajar en la dinámica de la relación sinalagmática, va a dificultar soluciones de encuentro entre las diferentes tradiciones jurídicas europeas.

4. PANORAMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS EUROPEOS EN RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

A partir de la Codificación, se generaliza la presencia en los ordenamientos nacionales de una norma sobre determinación temporal de la transmisión del riesgo que pretende dar respuesta a la pérdida o deterioro accidental de los bienes acontecida entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa al comprador⁴³. De una parte, aquellos en los que la propiedad se transmite mediante el propio contrato de compraventa, hacen pasar al comprador el riesgo de pérdida o deterioro casual en el mismo momento de la perfección del contrato, siendo el Código francés (art. 1138) el paradigma de este modo de resolver el dilema de decidir cuándo este riesgo se transmite al comprador, sin perjuicio de las notables excepciones que encierra⁴⁴ y de que es posible que las partes pacten retrasar la transmisión de la propiedad⁴⁵ o que introduzcan pactos específicos sobre transmisión de riesgos, como acontece con frecuencia en las compraventas comerciales⁴⁶.

De otra parte, los que desvinculan la transmisión del riesgo de la adquisición del dominio. La regla general en estos países es que el

⁴² El *Code* mismo contiene no pocas excepciones, imprescindibles para un funcionamiento correcto del sistema.

⁴³ Sobre el desarrollo del punto temporal de transmisión del riesgo en cada sistema ver: RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, [n. 35] pp. 308-319.

⁴⁴ Entre otras, no se aplica en caso de cosas genéricas, venta de cosas futuras o venta sujeta a condición (resolutoria o suspensiva), o bien sometida a plazo (art. 1182). En estos casos el riesgo no se transmite al comprador en el momento de la conclusión del contrato y la propiedad no pasa al comprador aunque haya habido entrega. En segundo lugar, los supuestos de retraso en la entrega por parte del vendedor que provocan que el riesgo revierta de nuevo sobre el vendedor (art. 1.302.2). También el supuesto en el que el vendedor se obliga a poner a disposición del comprador el bien en un plazo determinado.

⁴⁵ WAELBROECK, *Le transfert de la propriété*, [n. 17] pp. 49-72 (*Le transfert des risques*) [51].

⁴⁶ *Ibidem*, se hace eco el autor de la frecuencia con que las partes en contratos de compraventa comercial introducen cláusulas sobre transmisión de riesgos, sin hacer mención a la transmisión de propiedad. Estas cláusulas pueden hacer pasar el riesgo en el momento de la entrega de la mercancía al comprador, al porteador, etc... [pp. 51-52]. Cláusulas que generan controversia, algo que ya permitía el Código de comercio francés (art. 100).

riesgo pasa al comprador sin perjuicio del criterio que determine la transferencia de la propiedad, como Alemania (§§ 446, 447 BGB) que se basa en la entrega, o en otros casos en el momento de perfección del contrato (como España: art. 1452 CC⁴⁷), que reflejan las dos referencias temporales de este enfoque.

En sede de armonización europea, durante la labor preparatoria para la redacción del DCFR, un subgrupo del *Study Group of European Civil Code*⁴⁸, coordinado por dos juristas austríacos (Wolfgang Faber y Brigitta Lurger) se encargó del trabajo preliminar correspondiente al libro VIII («Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes»)⁴⁹. El objetivo de los informes era recoger la información correspondiente a los diferentes sistemas europeos sobre:

⁴⁷ Como es sabido, el artículo 1452 CC español no es explícito, pero la interpretación generalizada en la doctrina y jurisprudencia con fundamento en la tradición histórica apunta de forma mayoritaria y con diferentes matices interpretativos a que el precepto hace pasar el riesgo con la perfección del contrato, haya o no habido entrega de la cosa, como regla general, y por lo que se refiere a la compraventa civil. En la doctrina clásica destaca la obra de ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972 (y también respecto al derecho romano: «*Periculum est emptoris* y Vat. Frag. 16 (Pap. 3 resp.)», *Anuario de Historia del Derecho español*, 31 (1961) pp. 363-389). La literatura española es abundante, citemos los siguientes trabajos: ALCANTARA SAMPELAYO, J., «La prestación del riesgo en la compraventa», *Revista de Derecho Privado* (1946) pp. 487-506; BÉRGAMO, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», en AA.VV., *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, pp. 167 ss; DE COSSIO, A., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil* (1953), pp. 597-621 y «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho privado* (1944) pp. 361-400; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.452», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Edersa, Madrid, 1980; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., «Presuposición y riesgo contractual», en *Anuario de Derecho civil*, 1987, tomo XL, fascículo II, abril-junio, pp. 526-600; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario al artículo 1.452», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993; MARTÍN IGLESIAS, M.F., «El riesgo en la compraventa y el principio de protección a los consumidores», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2000-10, pp. 423-433; MOLINER NAVARRO, R.M.^a, *La pérdida de la cosa debida en Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990; PINTÓ RUIZ, J.J., «Resolución del contrato y la regla «*periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, pp. 693 ss; ROCA SASTRE, R.M., «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, pp. 384 ss; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Colegio de Registradores, Barcelona, 1965.

Además, se han publicado varias monografías recientes como: ABRIL CAMPOY, J.M., *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Tirant, Valencia, 2011; FUENTESECA DEGENEFTE, C., *Pérdida deterioro de la cosa debida antes y después de la entrega en el contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho registral. Fundación Registral, Madrid, 2010; LINACERO DE LA FUENTE, M., *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1.452 del Código Civil*, Colegio de Registradores, Madrid, 2008.

⁴⁸ El Study Group of European Civil Code se fundó en 1999 como un cuerpo sucesor de la Comisión europea sobre el Derecho europeo de Contratos. Junto con el Research Group on EC Private Law (Acquis Group) ha elaborado el DCFR.

⁴⁹ Puede verse una apreciación general de los principales aspectos de este libro en SALOMONS, A., «Fifteen questions on the rules regarding the Acquisition of Movables in Book VIII Draft Common Frame of Reference», *European Review of Private Law*, 2009-4, pp. 711-724. Para una perspectiva de futuro sobre el tema: VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Munich, 2011.

«*Property law on the transfer of movables*»⁵⁰ (los bienes inmuebles e intangibles no son objeto de atención).

Los informes nacionales incluyen un apartado específico sobre «*the passing of risk*»⁵¹, tratando de captar el grado de aproximación europea respecto a cuestiones⁵² tales como si se considera una cuestión meramente obligacional o si está conectado con la transmisión de propiedad; cuál es el criterio de la determinación temporal del paso de riesgo y en tercer lugar, la existencia, en su caso, de normas especiales para las ventas de consumo⁵³.

La información que arrojan estos informes nacionales permite clasificar el panorama de la legislación europea respecto a la determinación temporal del paso del riesgo (sin entrar en las excepciones de cada uno de los sistemas y limitándonos solamente al criterio general): Por un lado, los países en los que se hace coincidir con la transmisión de propiedad, además de Francia⁵⁴; Italia (art. 1465)⁵⁵; Bélgica (art. 1138)⁵⁶; Portugal (art. 796 CC)⁵⁷; Inglaterra y Gales

⁵⁰ Las bases para el trabajo que se ha llevado a cabo están en: FABER, W. y LURGER, B. (eds.), *Rules for the Transfer of Movables*, Sellier, Munich, 2008 y ver también LURGER, B. y FABER, W., *Acquisition and Loss of Ownership in Movables: Principles of European Law*, Sellier, Munich, 2011.

⁵¹ Los informes nacionales han sido objeto de publicación independiente desde el año 2008 al 2011. Han sido elaborados por profesores y profesionales de la práctica sobre la base de un cuestionario: FABER, W. y LURGER, B., *National Reports on the transfer of movables in Europe*, European Legal Studies, vol. 1: Austria, Estonia, Italia y Eslovenia, Sellier, Munich, 2008; vol. 2: Inglaterra y Gales, Irlanda, Escocia y Chipre, Sellier, Munich, 2009; vol. 3: Alemania, Grecia, Lituania, y Hungría, Sellier, Munich, 2011; vol. 4: Francia, Bélgica, Bulgaria, Polonia y Portugal, Sellier, Munich, 2011; vol. 5: Suecia, Noruega y Dinamarca, Finlandia y España, Sellier, Munich, 2011; vol. 6: Países Bajos, Suiza, República Checa, Eslovaquia, Malta y Letonia, Sellier, Munich, 2011.

⁵² Todos los informes sobre transmisión de propiedad mobiliaria dedican un apartado específico a la transferencia del riesgo, excepto los correspondientes a España, Italia, Bulgaria, Polonia, Malta y Letonia.

⁵³ Ver el resumen de los informes contenido en la Nota II al artículo VIII.2:201 del DCFR (Transfer of ownership and passing of risk), vol. 5, pp. 4583-4595.

⁵⁴ Vol. 4, pp. 111-112.

⁵⁵ Art. 1465. 1.º «Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali (1376), il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata».

⁵⁶ Vol. 4, pp. 249 y 262-264. Sigue el sistema francés en el que la transmisión de la propiedad y la del riesgo son independientes de la entrega. Se producen en el momento de la perfección del contrato. A diferencia del Código de Comercio francés, en Bélgica no se reconoce expresamente el derecho de las partes a desconectar la transmisión del riesgo de la transferencia de la propiedad, aunque se admita en la doctrina y jurisprudencia. No obstante, se discute si las partes pueden acordar que el riesgo pase en un momento en el que la propiedad no puede pasar al comprador. Habría que citarse aquí el Código Civil de Luxemburgo (1804) cuyo artículo 1138 coincide con el belga.

⁵⁷ Vol. 4, pp. 682-683. El riesgo como regla general corresponde al comprador desde el momento en que adquiere el derecho, bien el momento de la perfección del contrato o de la especificación. Si hay retraso en la entrega imputable al vendedor, éste es el responsable (art. 807 CC).

(Sale of Goods Act 1979, Sec. 20. 1, 2 y 3)⁵⁸; Irlanda (sec. 20. 1, 2 y 3, 1893 Act)⁵⁹; Escocia (sec. 20 de la Sale of Goods Act 1979)⁶⁰; Chipre (sec. 26, Sale of Goods Act 1994)⁶¹; Eslovaquia (§ 590)⁶², que no obstante establece el criterio de la entrega para las ventas mercantiles⁶³. Debe excepcionarse Inglaterra, Gales y Escocia, cuando se trata de venta de bienes de consumo porque se modificó la norma, *Sale of Goods Act*, para la transposición de la Directiva 1999/44/CEE, al efecto de establecer el criterio de la entrega⁶⁴.

De otra parte, están los que no lo vinculan a la adquisición de propiedad. Entre ellos los que siguen el criterio de la entrega, además de Alemania (§§ 446, 447)⁶⁵, otros países que podríamos decir que constituyen el enfoque más frecuente: Austria (§§ 1048, 1049,

⁵⁸ Vol. 2, S. FRISBY y M. JONES, pp. 108-110. Este vínculo entre riesgo y propiedad, salvo pacto en contrario entre las partes, es objeto de crítica por parte de la doctrina sobre el fundamento de que puede que soporte el riesgo quien no tiene el control sobre el objeto y no tenga opción para asegurarlo: Véase ADAMS, J.N. y MACQUEEN, H.L., *ATTIYAH'S Sale of Goods*, 12.ª ed., Longman, 2010, pp. 342-348, argumenta con relación al *Uniform Commercial Code* (art. 2-509) que separa riesgo y propiedad y sitúa el riesgo en quien que tiene el control de los bienes o que está en mejor posición de asegurarlos contra el riesgo.

⁵⁹ Vol. I, C. GARDINER, pp. 231-232. La regla principal es que el propietario soporta el riesgo (*res perit domino*), salvo que las partes acuerden algo diferente explícita o implícitamente- según las circunstancias del caso. Por lo tanto en cuanto el vendedor transmita la propiedad al comprador, este soportará el riesgo aunque no haya recibido la cosa.

⁶⁰ Vol. 2, D. CAREY MILLER, M. COMBE, A. STEVEN y S. WORTLEY, pp. 408-410. Si bien la posición del Common Law sigue la regla romana y en consecuencia el riesgo pasa en el momento de la perfección del contrato y por lo tanto puede ocurrir esto antes de la transferencia de la posesión y la propiedad. La regla romana ha sido aplicada por los jueces escoceses en alguna ocasión en que han encontrado en ella fundamento de justicia para el caso concreto: GORDON, W.M., «Risk in sale in Roman Law», en R. FEENSTRA y otros, *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65 anniversaire* (ed.), ed. J.C. Gieben, Amsterdam, 1995, pp. 123-130.

⁶¹ Vol. 2, S.L. SHAELOU, S. STYLIANOU y K. ANASTASIOU, p. 581. A menos que se establezca otra cosa, el riesgo es del vendedor hasta que la propiedad pasa al comprador. Una vez que se transmite la propiedad, el riesgo es del comprador, haya habido o no entrega.

⁶² Vol. 6, I. PETKOV, pp. 415-416. El riesgo pasa al comprador cuando adquiere el título de propiedad sobre el objeto. Ahora bien, añade que: «[i]f the buyer acquires ownership title to the object of the sale before it is delivered to him, the seller shall have the duties of a bailee (custodian) until the object is delivered to the buyer».

⁶³ Código de Comercio (Sec. 455 a 461). Sec. 455 contiene la regla general: «[t]he risk of damage to goods (Sec. 368 para. 2) is transferred to the buyer at the time of the buyer's hand-over of the goods, or if not done so in time, then the risk passes to the buyer when the seller allows him/her to handle the goods or when breaks a contract by failing to receive the goods».

⁶⁴ Sec. 20 (4). Ver infra nota 154.

⁶⁵ Vol. 3, M.R. MCGUIRE, pp. 119-121. El riesgo pasa al comprador tan pronto como se transfiera la posesión, en el sentido de transferir el control físico, desde ese momento puede reclamar cualquier fruto y está obligados a correr con los gastos. El paso del riesgo no está vinculado a la transmisión de propiedad, sino al de la posesión. La transmisión de la posesión no implicará la del riesgo en caso de bienes defectuosos (§ 243). Hay excepción en el caso de venta con expedición (§ 447: (1) el riesgo pasa al comprador cuando el vendedor ha entregado la cosa al porteador, transportista u otra persona designada para la expedición de la cosa (2) en caso de que el comprador haya dado instrucciones específicas sobre cómo llevar a cabo la expedición y sin razón el vendedor las incumple, es este responsable de los daños sufridos en la cosa).

1051, 1064 ABGB)⁶⁶; Países Bajos (art. 7:10 §1 y §4 BW)⁶⁷; Estonia (§ 214 Law of Obligations Act)⁶⁸; Eslovenia (art. 436 Code of Obligations)⁶⁹; Hungría (HCC §99)⁷⁰; Polonia (art. 548 CC)⁷¹; Lituania (art. 6.320)⁷²; Grecia (art. 522, para. 1 Gr.CC)⁷³.

A los que hay que sumar los países escandinavos que tienen normas casi idénticas en este punto, en el sentido de que el riesgo pasa con la entrega, salvo acuerdo en contrario de las partes. Así, Suecia (Sale of Goods Act, sec. 13 (1))⁷⁴; Noruega y Dinamarca

⁶⁶ Vol. 1, W. FABER, pp. 132-139: El Código austríaco utiliza expresamente el término «Preisgefahr», literalmente riesgo de pago del precio, y establece que el riesgo pasa al adquirente en el tiempo acordado de entrega. Y si no hay tal cuando se produzca el momento de la entrega realmente. Estas reglas están situadas en el capítulo de los contratos de la permuta, pero se aplican a la compraventa (§ 1064 ABGB). El autor recoge los tres argumentos que la doctrina actual austríaca aporta para justificar la regla de que el paso del riesgo se apoye en el momento pactado para la entrega (o subsidiariamente cuando ésta se produzca): 1.º El riesgo pasa cuando el transmitente lleva a cabo el principal acto de cumplimiento de su obligación de acuerdo con el propósito del contrato; 2.º Hasta el momento de la entrega el vendedor tiene mejores oportunidades para proteger los bienes de un posible peligro; 3.º La relación con los beneficios que supone (frutos) y las cargas la tenencia del objeto y que en consecuencia tiene que soportar los riesgos. Existen reglas en el propio Código austríaco que establecen la relación entre ambas cuestiones, el paso del riesgo y la atribución de frutos y cargas (§§ 1049 y 1050) [p. 135]. El informe también recoge las discrepancias que surgen por las diferentes formas de traditio, no hay ningún problema con la entrega física del objeto, pero sí con la entrega simbólica en la que el riesgo no pasa al adquirente ya que no tiene aún el poder físico, siendo el *constitutum possessorium* el más debatido en la doctrina [p. 136].

⁶⁷ Vol. 6, A.F. SALOMONS, pp. 95-96. Se utiliza el término «aflevering» (poner a disposición), que no debe confundirse con «levering» (entrega para transferir la propiedad) aunque ambas se traduzcan al inglés como «delivery».

⁶⁸ Vol. 1, K. KULLER KUPP, pp. 302-303. Afirma el precepto citado: «El riesgo de pérdida accidental o daño pasa al comprador en el momento de la entrega de la cosa». Según este informe entrega no se interpreta necesariamente el control físico o posesión sobre la cosa, sino que el transmitente ha cumplido con la obligación de entregar (§ 209) cuando se ha puesto a disposición del comprador en el lugar señalado y le ha sido notificado al comprador.

⁶⁹ Vol. 1, C. RUDOLF/ V. RIJAVEC/ T. KERESTES, pp. 598-599. Se entiende por entrega del bien, la transferencia de la posesión.

⁷⁰ Vol. 3, F. SZILAGYI, pp. 597-604. Responde el propietario en la medida en que se han cumplido todas las obligaciones del contrato, ahora bien esa vinculación no implica que en ese país se considere la cuestión como jurídico-real, sino como un tema obligacional.

⁷¹ El informe contenido en el vol. 4, no recoge comentario al respecto.

⁷² Vol. 3, V. MIKELENAS, pp. 386-387. Aunque con carácter general (art. 4.52 CC) el riesgo pasa al adquirente en el momento en el que adquiere el derecho de propiedad, a menos que se haya establecido otra cosa; respecto al contrato de venta, el art. 6.320 CC, establece una regla especial según la cual el riesgo pasa al comprador en el momento en el que el vendedor ha cumplido con su obligación contractual de entrega, sin perjuicio de si se ha transmitido o no la propiedad.

⁷³ Vol. 3, C. KLAUDATOU, pp. 280-283. El riesgo pasa al comprador con el cumplimiento de la obligación de entrega, siempre que se realice en cumplimiento de un contrato válido, y desde entonces (art. 525), el comprador se beneficia de las ventajas y soporta las cargas.

⁷⁴ Vol. 5, M. LILJA, pp. 111-114. Se considera que se ha producido la entrega cuando el comprador (o su representante) toma control físicamente de los bienes, en el caso de que el comprador tenga que recoger los bienes en la sede del vendedor. También es importante el momento en el que se obtiene control físico del bien en el supuesto de que los bienes sean enviados dentro de un lugar donde el vendedor usualmente expide los bienes a los clientes o si el transporte se lleva a cabo dentro de una determinada localidad con inde-

(Sale of Goods Act de 13 mayo de 1988 y Danish Sale of Goods Act de 28 de marzo de 2003, sec. 17)⁷⁵ y Finlandia, en el mismo sentido⁷⁶. Esta regla se aplica a la venta de cosas específicas y aunque tiene excepciones, puede decirse que es absoluta tratándose de ventas de consumo⁷⁷. En estos países, dado que no tienen un concepto «unitario» de propiedad, las soluciones en derecho de contratos respecto al paso del riesgo no siempre se corresponden con la transferencia de propiedad y se revela claramente que son dos cuestiones independientes que deben tratarse separadamente.

En tercer lugar, ordenamientos que ligan el paso del riesgo a la perfección del contrato como Suiza (sec. 185 SCO)⁷⁸; y España⁷⁹ (art. 1452 CC para las ventas civiles, no para las mercantiles, art. 333 CCom)⁸⁰.

Finalmente, hay países que no contienen una regla sobre este punto, como la República Checa, aunque en este caso la doctrina considera que el riesgo pasa en el momento en el que se adquiere la propiedad por el comprador⁸¹; pero el Código comercial sí regula

pendencia de que sea el propio vendedor quien se encargue del transporte o el adquirente. Si el transmite envía personalmente los bienes fuera de estas áreas, el momento del traspaso del control físico también es determinante. También los bienes se entienden entregados cuando pasan a un transportista independiente. Si el lugar de destino se menciona en el contrato, la entrega tendrá lugar cuando los bienes alcancen ese destino.

⁷⁵ Vol. 5, J. - O. FAERSTAD/ M. LILJA, pp. 229-230. Si no se ha acordado otra cosa o si nada resulta de las reglas consuetudinarias. Las precisiones son similares a las establecidas en el ordenamiento sueco.

⁷⁶ Vol. 5, M. KUUSINEN, p. 369.

⁷⁷ En Suecia, según *Consumer Sale of Goods Act*, section 6 y 8, el riesgo sólo pasa al adquirente cuando los bienes llegan a su posesión, incluso si el consumidor ha incurrido en un incumplimiento de contrato por no recoger los bienes en el tiempo pactado. Sin embargo, se aplica una excepción: si los bienes se han deteriorado después del tiempo en el que comprador se retrasa en recibir el objeto (*take delivery*) y se produce un deterioro de los bienes por su naturaleza (fruta que se pudre, por ejemplo), en tal caso el comprador soporta los riesgos de ese deterioro. Cfr. Noruega y Dinamarca (*Consumer Sale of Goods Act* sec. 14).

⁷⁸ Vol. 6, B. FOEX/ S. MARCHAND, p. 211. La transmisión del riesgo tiene lugar en el momento de la conclusión del contrato si los bienes vendidos fueran bienes específicos (sec. 185.1 SCO). Si fueran genéricos, el paso del riesgo tiene lugar con la entrega al transportista, por la entrega del transportista al adquirente, o en el momento en que los bienes están a disposición del adquirente, dependiendo de lo que pactasen las partes (sec. 185.2 SCO). En caso de incumplimiento por el transmitente en la entrega, soporta éste los riesgos hasta la entrega. En el caso del incumplimiento de quien recibe, soporta los riesgos desde la fecha en la que se le ofreció la entrega. (sec. 103 SCO). Estas normas no están ligadas al paso de la propiedad.

⁷⁹ El informe contenido en el vol. 5 (I. GONZÁLEZ PACANOWSKA/ C.M. Díez SOTO) no aborda el tema de forma específica. Ver *supra* bibliografía sobre el tema (nota 45).

⁸⁰ Aunque parece que los arts. 331 y 333 CCom en principio atribuyen los riesgos al vendedor en tanto no se haya producido la entrega o puesta a disposición, el régimen completo es discutido por la doctrina: MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa», *Revista de Derecho Mercantil* (1951) vol. XI - 32, pp. 227-257; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, III, vol. 1.º Madrid, 1963, pp. 296-310; ALONSO PÉREZ, *El riesgo*, [n. 47] pp. 414-461.

⁸¹ Vol. 6, L. TICHY, p. 319. No obstante, si el comprador adquiere la propiedad antes de que los bienes se le hayan entregado, el vendedor está en la posición de un «custodian» o depositario de los bienes (§ 590).

la cuestión (§ 459) y aquí el riesgo pasa al comprador cuando el comprador recibe el bien del vendedor, como regla general, independientemente del paso de la propiedad.

Además, a resultas de estos informes se hace evidente el carácter dispositivo que en la mayor parte de los países tienen las normas sobre riesgo, de modo que las partes pueden establecer un criterio diferente del legal, el cual se aplicará en defecto de acuerdo de las partes⁸². Idea que por otro lado ya existía en Roma, donde era posible y hasta frecuente en algún sector comercial bien conocido que las partes regularan esta cuestión para evitar que el riesgo pasara al comprador en el momento de la venta, como ocurría en la venta de vino sometida a *degustatio*⁸³. Disponibilidad que también existe en la venta internacional de mercaderías, donde como se verá más adelante adquiere especial importancia. No obstante, esa libertad se pierde en el ámbito de las ventas de consumo, como ocurre ya en algunos países de modo expreso (los países escandinavos o Reino Unido) y en la normativa europea sobre derechos de los consumidores⁸⁴. En estos contratos la norma de paso del riesgo se establece con carácter imperativo en aras a la protección al consumidor.

5. LA DESCONEXIÓN DEL RIESGO RESPECTO A LA PROPIEDAD BAJO PERSPECTIVA FÁCTICA EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Ante un panorama tan heterogéneo no sorprende que los primeros pasos para armonizar la compraventa internacional en el seno de la UNCITRAL, hacia 1930⁸⁵, pusieran de relieve la dificultad

⁸² Cfr. Alemania, Austria, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Chipre, Hungría; Lituania; Suecia; Noruega; Dinamarca; Eslovaquia.

⁸³ Es un tema ampliamente tratado en la literatura romanista: véase ZIMMERMAN, *The law of obligations*, [n. 32] pp 110-113; JAKAB, É., «Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)*, 2004, núm 121, pp. 189-232; PENNITZ, M., «Die Gefährtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1994, núm. 62, pp. 251-296; R. YARON, «Sale of Wine», en DAUBE (ed.), *Studies in the Roman law of Sale*, Oxford, 1959, 71-77; B.W. FRIER, «Roman Law and the wine trade: the problem of vinegar sold as wine», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)*, 1983, núm. 100, pp. 257-295; BENÍTEZ LOPEZ, M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994; LAZO, P., «El riesgo en la compraventa de vino en el Derecho Romano», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2005, XXVII, 83-100.

⁸⁴ Ver *infra* epígrafe 8.2.

⁸⁵ En UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) se elaboró un primer proyecto de Ley sobre compraventa internacional de mercaderías en 1939 que sufrió un aplazamiento debido a la guerra. En 1951 la Conferencia de La Haya encargó un nuevo proyecto, el de 1956, que dará lugar al texto definitivo de la Ley Uniforme de 1964

de armonizar el paso del riesgo del precio, destacándose que una de las cuestiones que lo hacían más complicado era precisamente la transmisión de la propiedad.

5.1 Puesta a disposición, entrega y control fáctico

En el Convenio relativo a Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercancías, *Uniform Law on International Sales*, en adelante ULIS⁸⁶ (La Haya, 1 de julio de 1964) se abordó la cuestión de la transmisión de los riesgos en los artículos 96 a 101 y como afirma Tunc: «[e]l problema de la transmisión de los riesgos es probablemente uno de los que han dado lugar a mayores dificultades durante la elaboración de la ley uniforme»⁸⁷. La determinación del momento de la transmisión de la propiedad suscitó «tales dificultades desde los primeros trabajos de elaboración de la ley uniforme que no ha parecido posible llegar a un acuerdo sobre un proyecto de texto de la ley uniforme más que haciendo que la cuestión sea silenciada por la ley [...]. Pero junto a la dificultad estaba la necesidad de regular esta cuestión del riesgo, que preocupaba como es entendible a las partes y finalmente lo que se hizo fue apartar la cuestión de la propiedad del proyecto y adoptar una perspectiva más directa y más práctica para poder reglamentar el problema de la transmisión de los riesgos centrándose en temas obligatorios y de custodia»⁸⁸.

Por lo tanto, la desconexión conceptual de la cuestión del paso del riesgo respecto a la transmisión dominical resultó, a la vista de estas

(<http://www.unidroit.org/french/conventions/c-ulis.htm>), en vigor el 23 de agosto de 1972. Fue una sugerencia de Ernst Rabel en 1929 la tarea unificadora de la compraventa internacional (BIANCA, C.M. y BONELL, M.J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 3).

⁸⁶ En español con las siglas LUVI.

⁸⁷ TUNC, A., «La transmisión de los riesgos en la Ley Uniforme», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 1063-1070, p. 1063. Para el autor: «el problema es resuelto fácilmente en los países que, como Francia, consideran, por una parte, que los riesgos de la cosa deben ser soportados por el propietario de ella (*res perit domino*) y por otro, que el contrato es por sí mismo traslativo de la propiedad [...]. Esta transmisión de riesgos, por supuesto, no libera al vendedor de toda obligación. El vendedor debe custodiar la cosa y velar por la seguridad de la misma con la diligencia que imponen el valor de ella y las circunstancias. Pero si la cosa perece sin culpa del vendedor, éste tiene derecho a reclamar el precio».

⁸⁸ *Ibidem*, p. 1064. Las diferencias entre entrega, propiedad y riesgo, a los efectos de llegar a un acuerdo armonizador en este tema se pusieron de relieve por LAGERGREN, G., *Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law on sale*, Nordstedt&Söners Förlag, Stockolm, 1954, sobre un estudio comparado de la noción de entrega y su percepción en diferentes países [30-59], la de la propiedad [60-83] y la del riesgo y su transmisión [84-147].

palabras, no tanto del convencimiento sino de la necesidad práctica de dar una solución al problema en el que sí pudiera haber consenso⁸⁹.

Así las cosas, se acudió al criterio de que el que el riesgo pasara con la entrega de la cosa vendida. El artículo 97.1 afirmaba que «[l]os riesgos son transmitidos al comprador desde la entrega de la cosa efectuada en las condiciones previstas en el contrato y en la presente ley»⁹⁰, quedando definida la entrega (*délivrance*) en el artículo 19 como la «remise» de una cosa conforme con el contrato⁹¹.

Sin embargo no era éste el criterio originario que se había manejado en el proyecto de 1939, que había sido el de la puesta a disposición⁹². El criterio de la entrega, sin matices fácticos, aparece después, en el proyecto de 1956 y fue el que resulta aprobado en la ULIS de 1964. Esto es, en origen se había establecido un criterio más funcional pero se cambió por el de la entrega, que como bien afirma Garrigues, es más simple⁹³. Una visión de la entrega como obligación del vendedor, puramente contractual, sin estar ligada a la propiedad o a la posesión, conceptos configurados legalmente. Querían una idea de entrega puramente contractual que dependiera sólo de situaciones fácticas⁹⁴. Se decidió no confundir la entrega con la transmisión de la posesión directa para evitar las variadas interpretaciones que se dan en los distintos países sobre el concepto de posesión. Este fue el criterio aceptado por los redactores sin demasiado convencimiento, simplemente para facilitar el acuerdo.

Pero era evidente que el criterio de la *délivrance* no se adaptaba a la complejidad de la compraventa internacional de mercaderías,

⁸⁹ LAGERGREN, G., «La entrega», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, XI, pp. 1041-1051 [1041-1042], afirma que los redactores del Proyecto de 1939 coincidieron en admitir la posibilidad de delinear la transmisión del riesgo sin rozar la propiedad.

⁹⁰ Precepto idéntico al artículo 109.1.º de Proyecto la Ley Uniforme. La versión original se redactó en francés: «Les risques sont transférés à l'acheteur à compter de la délivrance de la chose effectuée dans les conditions prévues au contrat et à la présente loi».

⁹¹ Puso de relieve TUNC, «La transmisión de los riesgos en la Ley Uniforme», [n. 87] pp. 1967 y 1969, la dificultad derivada de que aún no estaba clara la conexión entre conformidad y transmisión del riesgo. En el caso de dación de una cosa no conforme con el contrato, la transmisión de riesgos no se produciría nunca. Debería dejarse claro sobre quién recae la carga de los riesgos entre la dación de la cosa y la decisión que toma el comprador si la cosa no es conforme con el contrato. No se puede decir que ha cumplido si la mercancía entregada es defectuosa. Tampoco resolvía la cuestión de la entrega de los documentos de transporte. Véase igualmente la crítica de HOFFMANN, B. von, «Passing of Risk in International Sales of Goods», en P. SARCEVIC & P. VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods*, 1982, pp. 265-303 [276-277].

⁹² Puede consultarse el texto del proyecto de *Ley Uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales* en el *Anuario de Derecho Civil*, 1958, XI, pp. 1141-1166 (traducción no oficial de F. Sánchez Calero y J.A. Prieto Gómez).

⁹³ Asistió a la conferencia de La Haya en 1964 como Jefe de la Delegación Española. Ver: GARRIGUES, J., «La entrega de la cosa según la Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales», *Revista de Derecho mercantil*, XLII, núm. 101, julio-septiembre 1966, pp. 7-21.

⁹⁴ LAGERGREN, «La entrega», [n. 89] p. 1041.

caracterizada por un tráfico crecientemente intenso y complejo, y por ello recibió críticas desde diferentes puntos de vista dado que se adaptaba bien a una venta directa instantánea, al por menor, pero mal a la venta internacional, donde el comprador no toma posesión en el momento de la perfección del contrato, sino después de un *iter* en el cual el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador cuya voluntad es decisiva en el cumplimiento de la obligación de entrega⁹⁵.

A la vista de esta crítica, la determinación temporal del paso del riesgo fue expresamente objeto de atención en la CISG⁹⁶, que dedica el Capítulo IV a la transmisión del riesgo (arts. 66-70)⁹⁷.

⁹⁵ Según GARRIGUES, [n. 93] pp. 13, 15 y 17, los artífices de la Ley no estaban muy de acuerdo con el artículo 19 pero transigieron porque pensaban que si se cambiaba obligaría a reelaborar toda la ley cuyo proyecto había quedado paralizado con la Segunda Guerra Mundial (pp. 10-12). En la venta de plaza a plaza existe la necesidad de transportar la mercancía y aquí entra en juego normalmente la venta con expedición en la que la entrega se considera realizada en el acto de consignarla al porteador y de remitir los documentos o títulos de transporte al comprador y no en la llegada al punto de destino. En esa venta se interfiere el contrato de transporte, donde el porteador, es quien recibe la mercancía de manos del vendedor y debe entregarla al comprador y no entra en juego ni como representante de uno ni de otro. Hay aquí una puesta a disposición, no una entrega real y efectiva, que se producirá tiempo después cuando haya una efectiva recepción de la mercancía, pero con esa puesta a disposición, el vendedor se libera de su obligación y del riesgo de la mercancía pasa al comprador.

⁹⁶ Ver: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>. Comentarios de la CISG pueden verse en: HONNOLD, J.O., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales* (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Ed. Revista de Derecho Privado, trad. española, Madrid, 1987; BIANCA y BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, [n. 85]; Díez-PICAZO, L. (Dir. y Coord), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998; y más recientemente: KROLL, S., MISTELIS, L., PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, ed. C.H. BECK-Hart Publishing, München, 2011; TORSSELLO, M., *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A comparative study beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Sellier, Munchen, 2004; SCHWENZER, I. y MUÑOZ, E. (Dir.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2011.

⁹⁷ Específicamente sobre el riesgo en CISG pueden verse en nuestra doctrina: ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español y Derecho internacional*, Madrid, 1991; CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario a los arts. 66 a 70 de la Convención de Viena», en Díez-PICAZO, *La compraventa internacional de mercaderías*, [n. 96] pp. 514-559; OLIVA BLAZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 2000; TAMAYO CARMONA, J.A., *Responsabilidad y riesgo contractual. Normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e Incoterms*, Valencia, 2002; SAN JUAN CRUCELEGUI, J., *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005 (pp. 194-199 específicamente sobre transmisión del riesgo).

En la doctrina extranjera: HONNOLD, *Derecho uniforme*, [n. 96] pp. 401-427; HOFFMANN, «Passing of Risk in International Sales of Goods» [n. 91]; NICHOLAS, B., «Comentario a los arts. 66-70», en BIANCA y BONELL, [n. 85] pp. 483-512; HAGER/SCHMIDT-KESEL, «Comentario al Capítulo IV», en SCHWENZER y MUÑOZ (Dir.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER*, [n. 96] pp. 1561-1567 (trad. G. Coronado); ERAUW, J., «Delivery Terms and the Passing of Risk: Drafting Clauses related to CISG Articles 66-70», en FLECHTNER-BRAND-WALTER (Eds.), *Drafting Contracts under the CISG*, Oxford University Press, 2008, pp. 383-410 e *Ibidem*, en KROLL-MISTELIS-PERALE VISCASILLAS (Eds.), [n. 96]

El artículo 67⁹⁸ recoge el supuesto más frecuente en el cual el contrato entraña transporte, que será lo normal en la esfera internacional y donde por definición hay un periodo de tiempo en el que ninguna de las partes del contrato tiene la posesión física. El riesgo pasa aquí mediante la puesta de las mercancías en poder del primer porteador, transportista independiente, siempre que las mercancías estén identificadas. El siguiente precepto, artículo 68⁹⁹, regula la venta en tránsito, donde el riesgo se transmite desde la celebración del contrato como regla general. Y finalmente, el artículo 69¹⁰⁰, que constituye una norma residual básica respecto a los dos preceptos anteriores, determina primeramente que el riesgo pasa cuan-

pp. 880-912 (esta obra añade al final del comentario de cada artículo otras reglas, cuando las hay, en PECL, Principios UNIDROIT, DCFR y la Directiva de Derechos de los Consumidores); VISSER, E., «*Favor Emptoris*: Does the CISG Favor the Buyer?», *University of Missouri Law Review* (1998) pp. 77-92; ADAME GODDARD, J., «La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías», *Anuario Jurídico* (1984) XI, pp. 237-249; VIDAL OLIVARES, A., «El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», *Ius et Praxis* (2002) vol. 8, núm.2, pp. 519-555; VALIOTI, Z., «Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000», Thesis LL.M. en International Commercial Law (Univ. Kent, 2003); OBERMAN, N.G., «Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms» (1999) y ROMEIN, A., «The Passing of Risk. A comparison between the passing of risk under the CISG and German law», (2000) (ambos en Pace Law School Institute of International Commercial Law: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>). Fecha última consulta: 14.07.2012.

⁹⁸ Artículo 67: 1) 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 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. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo. 2) 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.

⁹⁹ Artículo 68: 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.

¹⁰⁰ Artículo 69: 1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al 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. 2) 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. 3) 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.

do el comprador se hace cargo de las mercancías en el establecimiento del vendedor, o si no lo hace a su tiempo, desde que estén a su disposición o incurra en incumplimiento al rehusar su recepción; y en el segundo párrafo, para el caso de que el comprador estuviera obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, tendrá lugar cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que están a su disposición, teniendo en cuenta igualmente que no se considera que estén a su disposición si no están identificadas.

Las normas de la CISG se inspiraron en los Incoterms y sobre todo en una reflexión sobre los tipos contractuales más frecuentes en el tráfico comercial¹⁰¹. Por lo tanto, el enfoque pretende ser pragmático, funcional, basado en la compleja tipología de la venta internacional y las necesidades de la práctica. Esto es, no hay en la CISG una norma única de determinación temporal de paso del riesgo, sino varias que lo conectan a una u otra situación habitual en el tráfico comercial internacional. Lo que inspiró los criterios de transmisión del riesgo del precio es saber quién tiene el control de las mercancías. Se transmite el riesgo, como norma general, cuando se pierde el control sobre la mercadería. Esto es lo que permite una mejor posición para asegurar que lleguen a su destino en perfecto estado y lograr el aseguramiento más favorable, cuando ello sea posible¹⁰²; también favorece el evaluar las pérdidas o el deterioro sufrido y plantear la reclamación correspondiente. Estos criterios permiten minimizar en la práctica la litigiosidad sobre la culpa en la custodia de la mercancía¹⁰³.

5.2 Enfoque contractual desvinculado de efecto jurídico-real en CISG

El resultado del tratamiento del riesgo en la CISG es antidogmático en cuanto que independiza el paso del riesgo de los tres clásicos puntos de conexión presentes en las legislaciones civiles

¹⁰¹ Desde 1.1.2011 están en vigor los INCOTERMS 2010 que la Cámara de Comercio Internacional va revisando periódicamente desde 1936 (<http://www.iccspain.org>). También hay inspiración en el Uniform Commercial Code (§ 2-509: Risk of Loss in the Absence of Breach). Ver trabajos citados supra de OBERMAN y VALIOTI [n. 97], para un análisis comparado entre CISG, e INCOTERMS y UCC. También en: ERAUW, «Comentario arts. 66 a 69», en KROLL-MISTELIS-PERALES, [n. 96] pp. 895-899 y en 907-908; HOFFMANN, [n. 91] pp. 279-280 y TORSSELLO, [n. 96] («Transfer of Risk» pp. 197-202), quien compara CISG en este aspecto de transferencia del riesgo con otras Convenciones comerciales, relacionadas con servicios de transporte, factoring y leasing.

¹⁰² Siempre hay riesgos no asegurables: HAGER/SCHMIDT-KESSEL, [n. 97] p. 1562.

¹⁰³ HONNOLD, *Derecho uniforme*, [n. 96] p. 401. En la doctrina española, por todos CAFFARENA, «Comentario...» [n. 97] pp. 524 y ss.

europas vistos más arriba: la perfección del contrato, la transmisión de la propiedad y la entrega de la cosa al comprador, si bien es cierto que la regla residual del artículo 69 se acerca a ésta última. El planteamiento tópico, con varias opciones y el hecho de colocar en primer lugar el supuesto más típico, la venta internacional con transporte, es original. Por ello se ha dicho que la CISG hizo un *fresh start* partiendo de la realidad y separándose del planteamiento tradicional caracterizado por un único punto de conexión¹⁰⁴.

En consecuencia, y teniendo en cuenta solamente lo que nos interesa destacar en este trabajo, estas normas del riesgo se independizan de la propiedad, no sólo como criterio temporal de atribución del riesgo, sino también eludiendo el criterio de la entrega, que tampoco funciona como punto de referencia. Al contrario, las normas de riesgo de la CISG están vinculadas a actos físicos de transmisión de la posesión. Se elude el término entrega. El enfoque por lo tanto es diferente a ULIS¹⁰⁵.

La UNCITRAL decide conscientemente desligar la «*délivrance*» del tema del paso del riesgo porque provocaba confusión. Desaparece la definición que era ambigua y no proporcionaba un resultado satisfactorio, y además, tal y como estaba redactado el precepto, resultaba de difícil traducción del francés, que fue la lengua de la redacción original, al inglés y a otros idiomas¹⁰⁶.

La Convención de Viena opta por un enfoque estrictamente contractual. El vendedor es responsable de toda falta de conformidad en el momento de la transmisión del riesgo, aun cuando se manifieste después de ese momento (arts. 36.1 y 66) y esta idea ha tenido gran transcendencia en el proceso de armonización europea de la venta, como se deja constancia más adelante¹⁰⁷. En la CISG el enfoque contractual del paso del riesgo se refuerza e incluso se cambia el emplazamiento sistemático del Capítulo que lo regula, moviéndose desde donde estaba originalmente, que era al final de las disposiciones sobre la venta, a un lugar anterior, esto es, a continuación de las

¹⁰⁴ Apunta HOFFMANN, [n. 91] p. 265, la influencia del Análisis Económico del Derecho.

¹⁰⁵ Aunque algunos comentaristas de la CISG apuntan a que la diferencia con ULIS es más bien de técnica legislativa porque las reglas de paso de riesgo de la CISG se corresponden ampliamente con las de la Ley Uniforme. Es el caso: de NICHOLAS, [n. 97] p. 487, para quien el resultado frecuentemente no será muy distinto; ERAUW, «Comentario...» [n. 101] p. 891; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, [n. 96]; TORSSELLO, [n. 96] p. 199.

¹⁰⁶ Comentario al artículo 31 de HONNOLD, [n. 96] p. 262. En el artículo 19 se describía «*délivrance*» como «*remise*», lo que hacía imposible la traducción inglesa y a otras lenguas, al no encontrarse otra palabra equivalente a «*delivery*».

¹⁰⁷ Epígrafes 6 y 7 respecto a la influencia sobre el DCFR y epígrafe 8.1 respecto a la Directiva 99/44/CE.

obligaciones del vendedor (Capítulo II) y las del comprador (Capítulo III), pasando a ser el Capítulo IV¹⁰⁸.

5.3 La transmisión de la propiedad ausente en la CISG: regulación por derecho interno

El hecho de que la CISG no regule la transmisión de la propiedad de las mercancías vendidas¹⁰⁹, implica que el cuándo y el cómo se transfiere la propiedad se determinará conforme al derecho interno. Los comentaristas coinciden en que fue imposible redactar una norma uniforme sobre transmisión de propiedad debido a las grandes diferencias existentes entre los distintos sistemas normativos, así que hubo que renunciar a lograr la uniformidad en este punto¹¹⁰. Por lo tanto, estamos ante una exclusión que genera un *gap intra legem*, en palabras de Ferrari¹¹¹, y que debe integrarse con arreglo a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado (art. 7.1 CISG) dado que está más allá del poder integrador del artículo 7.2¹¹².

No pocas veces valoran esta ausencia muy negativamente habida cuenta de que en los países cuyo sistema de transmisión es *solo consensu*, como Francia e Italia¹¹³, se percibe de modo problemático que quien ya es propietario conforme a esos ordenamientos, puede que no asuma una pérdida o daño según la regla de la CISG sobre transmisión

¹⁰⁸ Según HONNOLD, [n. 96] p. 403, esto se hizo para acentuar la relación entre el riesgo de pérdida y la obligación de las partes de cumplir el contrato. Puede verse la historia legislativa de la Convención en HONNOLD, [n. 96] pp. 59-66, en concreto datos sobre la actuación de la Conferencia diplomática de 1980 que basó su trabajo en el Proyecto de la Convención aprobado en 1978 por la UNCITRAL.

¹⁰⁹ Lo excluye expresamente el artículo 4, apartado b) al decir: «[É]sta no concierne, en particular: a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas». Sólo regula los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor dimanantes del contrato, entre los cuales se encuentra el artículo 30 que obliga al vendedor a transmitir la propiedad y el artículo 41-42, la de entregar mercancías libres de pretensiones de terceros.

¹¹⁰ Afirma L. ROJO AJURIA que quedó atenuado por la regulación de la transmisión del riesgo y la conservación de las mercaderías («Comentario al art. 4», en DÍEZ-PICAZO, *La compraventa internacional...*, [n. 96] pp. 72-87 [86]). Tampoco prosperaron los esfuerzos para armonizar los derechos de los adquirentes de buena fe.

¹¹¹ FERRARI, F., «Uniform interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994-1995, pp. 183-228 [225-226].

¹¹² ROJO AJURIA, «Comentario artículo 4», [n. 110] p. 74. Puede que el contrato determine la cuestión de la propiedad y a veces se incluyen cláusulas de reserva o retención de dominio. Según RAMBERG, J., *ICC Guide to Incoterms 2000, International Chamber of Commerce*, París, 1999 (reimp. 2005), Presidente del Grupo de trabajo que elaboró los Incoterms 2000), p. 12, la ley aplicable determinará en qué medida estas cláusulas son efectivas una vez que el vendedor ha transmitido la posesión al comprador. Advierte que estas cláusulas no siempre lo son y el vendedor debe ver cuidadosamente cuál es la norma aplicable, normalmente la del país donde los bienes están situados.

¹¹³ Subraya VISSER, [n. 97] p. 81, la contradicción que en este sentido esconde la CISG que persigue la uniformidad (art. 7.1).

del riesgo, en bienes que son ya suyos conforme al derecho nacional aplicable¹¹⁴. Y añádase que una compraventa puede ser internacional sin atravesar fronteras, siendo aplicable el residual artículo 69, generándose una cierta paradoja si ello ocurre en uno de estos países por contraste con la regulación aplicable a un contrato doméstico.

En la práctica el problema no es relevante desde el momento en que las partes excluyen con frecuencia las normas de riesgo de la CISG, haciendo uso de su libertad contractual reconocida por la propia Convención (art. 6). La realidad demuestra que a pesar del enfoque realista en este punto de la Convención, parece que la efectividad práctica es limitada en la medida en que las partes prefieren muy a menudo regular *ad hoc* esta cuestión de la transmisión del riesgo o acudir a los términos específicos estandarizados, los Incoterms, sobre todo cuando hay transporte por mar, ámbito natural del los mismos¹¹⁵. También pueden introducir las partes en el contrato una regulación específica del riesgo acudiendo a usos comerciales locales o propios de un determinado sector¹¹⁶, o bien conectando el riesgo a las condiciones generales de la empresa vendedora¹¹⁷ o vinculándolo al pago del precio.

Todo ello obliga en la práctica a mirar cuidadosamente los términos del contrato, como resulta del *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Uncitral, 2012 edition)¹¹⁸. Ahora bien, no veo posible determinar fácilmente si esa exclusión voluntaria de carácter parcial, limitada a las normas de riesgo, es más frecuente en la práctica cuando está involucrado en el contrato un sistema nacional de trans-

¹¹⁴ Sostienen esta posición crítica: VISSER, [n. 97] p. 91 y TORSELLO, [n. 96] pp. 198-199. También deja planteado el problema aunque en este caso sin tono crítico: SACCO, «Conclusioni», en VACCA-CANNATA, *Vendita e trasferimento*, [n. 11] pp. 893-902 [897].

¹¹⁵ ERAUW, «Comentario...», en KROLL-MITELIS-PERALES, [n. 101] pp. 891 y 894-895, afirma que las partes pueden excluir la CISG parcialmente, esto es, para regular un aspecto como éste u otro, ya que los Incoterms son muy concretos en la regulación del riesgo y en la determinación del lugar de entrega física de los bienes. Para el resto de las cuestiones, entraría en juego de modo subsidiario la CISG. Ver sobre el tema: CENINI, M. y PARISI, F., «An economic analysis of the CISG», en A. JANSSEN y O. MEYER (eds.), *Methodology of the CISG*, Sellier, Munich, 2009, pp. 158-170 («*Passing of risk: The delivery of the goods and the Cheaper Cost Avoider*», pp. 164-165).

¹¹⁶ Ver KHOO, W., «Comentario al artículo 4», en BIANCA-BONELL, [n. 85] pp. 44-48 [46] y también ERAUW, «Delivery...» [n. 97] p. 384, destaca la importancia en la regulación del riesgo de las costumbres locales y las cláusulas comerciales de sectores específicos.

¹¹⁷ Recoge algún caso con estas características: DIMATTEO, L.A., DHOOGHE, L., GREENE, S., MAURER, V. y PAGNATTARO, M., «The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence», *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2004, 34, pp. 299-440 [409].

¹¹⁸ Sobre los arts. 66-70: pp. 315-327 [315], véase <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

misión consensual de propiedad o si no es así¹¹⁹. Lo que sí cabe afirmar es la usual exclusión de las normas de riesgo en los contratos internacionales, bien sea por este motivo o por otro de los antes dichos.

En todo caso, el avance de la CISG fue indiscutible al desconectar el riesgo de la transmisión de dominio en el doble sentido mencionado (como criterio temporal de transmisión del riesgo y eludiendo hablar de entrega). Marcó un hito en la regulación de esta cuestión cuya derivada se prolonga hasta nuestros días en las reformas de los ordenamientos europeos¹²⁰, como el español¹²¹, y especialmente en la vocación armonizadora europea e internacional¹²², si bien dejó pendiente el ambicioso objetivo de avanzar hacia la unificación de las reglas sobre la transmisión de dominio.

¹¹⁹ Existe desde 2001 el CISG Advisory Council (<http://www.cisgac.com>) que ha emitido opiniones sobre diferentes asuntos, pero no aún sobre el tema de la transmisión del riesgo, sí está en marcha un estudio sobre: «Implied opting-out under Article 6».

¹²⁰ SACCO, R., «A Comparative Analysis...» [n. 17] p. 119, destaca esta influencia de la CISG en relación a la transmisión de riesgos sin relacionarlo con la transmisión de propiedad. Por ejemplo, en los Países Bajos, A. Salomons en el informe nacional de ese país refleja la consonancia entre el art. 7:10 §1 BW y el artículo 69 CISG (cfr. art. 97 ULIS).

¹²¹ Ver la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, 2005, núm. 1988, pp. 108-124) y Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos (Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, 2009, suplemento). Ambas publicadas de forma conjunta en libro independiente bajo el título: «Propuesta para la modernización del derecho de Obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación». En la misma, el artículo 1452 CC recibe nueva redacción:

«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.

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.»

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. Ver el estudio comparativo de las Propuestas mercantil y civil de reforma en materia de Obligaciones y contratos llevada a cabo por FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63-1, pp. 47-136 y «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64-4, pp. 1481-1684.

¹²² Véase en LANDO, O., «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law», *American Journal of Comparative Law*, 2005, pp. 379-401, la influencia de la CISG a lo largo de 25 años en los principios PECL y los principios UNIDROIT; y HARTKAMP, A.S., «Principles of Contract Law», in *Towards...* [n. 17] pp. 239-259, refleja una comparación entre los principios UNIDROIT y los PECL.

Asimismo la influencia de la CISG se dejó notar también en el llamado Proyecto Gandolfi que hace una década se publicó bajo el nombre de «Código europeo de contratos»: Véase GANDOLFI, G. (ed.), *Code European des Contrats*, Pavia, 2001) en el que se vincu-

6. LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DEL PASO DEL RIESGO EN EL DCFR

El DCFR, a diferencia de la CISG, sí incluye un cuerpo de normas sobre la propiedad de los bienes muebles corporales en el ya mencionado libro VIII¹²³ («Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes»), algo que se había demandado por la doctrina¹²⁴. El resultado no obstante ha sido discutido¹²⁵, pero lo que cabe decir al efecto de este trabajo es que el DCFR consagra un principio relevante en la armonización de los derechos reales a nivel europeo, como es el de la separación entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones y ello se refleja bien en el tema de la transferencia del riesgo, como se ve a continuación:

El paso del riesgo se contempla dentro del Libro IV (Specific contracts and the rights and obligations arising from them), en la Parte A del mismo que está dedicada al contrato de venta, en el Capítulo 5 bajo el título: Passing of risk¹²⁶.

Dicho Capítulo 5 regula la transmisión del riesgo en dos secciones. La primera contiene las reglas generales (General provisions, 5:101, 102 y 103) que tratan el efecto del paso del riesgo (5:101)¹²⁷ y el momento temporal en el que esto sucede (5:102)¹²⁸, que es la

l6 el traspaso del riesgo con la adquisición de la posesión por el comprador o quien se encargue de recibirla:

Art. 46.4: «En los casos previstos en los apartados anteriores, el riesgo de la destrucción o deterioro de la cosa es del adquirente desde el momento en que éste, la persona encargada por él de recibirla o el transportista, que previo acuerdo se compromete a entregarla, han tomado posesión de la cosa» (trad. dir. por García Cantero; de esta sección a cargo de S. GASPAR LERA: <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos>. Consulta 15.03.2011).

¹²³ Epígrafe 4.

¹²⁴ Sobre la necesidad de incluir reglas sobre derecho de propiedad en el marco común de referencia, entre otros: VAN ERP, S., «DCFR and Property Law: The need for consistency and coherence», en SCHULZE, R., *Common Frame of Reference and Existing EC Contract law*, 2.^a ed., Sellier, Munchen, 2009, pp. 261- 273; Ibídem, «European and National property law. Osmosis or growing antagonism», *Walter Van Gerven Lectures*, European Law Publishing, Leuven, 2006.

¹²⁵ A juicio de a juicio de AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, pp. 199-246 [201], el tratamiento que hace el DCFR del derecho de propiedad está muy fragmentado, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de contratos que está más sistematizado.

¹²⁶ Ver comentario a este Capítulo 5: Transmisión del riesgo, a cargo de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., en VAQUER, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. II, [n. 7] pp. 929-962.

¹²⁷ Art. IV.A.-5:101: *Effect of passing of risk*: «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».

¹²⁸ Art. IV.A.- 5:102: Time when risk passes:

(1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.

norma más importante, amén de una previsión específica para los contratos de venta de consumo (5:103)¹²⁹. La segunda sección, se dedica a las reglas especiales (Special rules, 5:201, 202 y 203) correspondientes a tres cuestiones que no serán objeto de nuestra atención: bienes a disposición del comprador¹³⁰, transporte de bienes¹³¹ y bienes vendidos en tránsito¹³². Por lo tanto, el DCFR aborda la transmisión del riesgo desde el punto de vista puramente contractual, en sede

(2) 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.

(3) The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter. Esta norma es dispositiva (Comment A al art. IV.A.- 5:102).

¹²⁹ IV. A. – 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale.

(1) In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.

(2) 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.

(3) Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.

(4) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

¹³⁰ IV. A. – 5:201: Goods placed at buyer's disposal.

(1) «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)».

(2) «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».

¹³¹ IV. A. – 5:202: Carriage of the goods.

(1) This Article applies to any contract of sale which involves carriage of goods.

(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.

(4) The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk (Cfr. art. 67 CISG).

Véase en ANTONIOLLI, L. y FIORENTINI, F. (Eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, prep. por *Common Core Evaluating Group*, Munich, 2011, donde se comenta el caso de la transmisión del riesgo (ver R. PELEGGI, pp. 131-141), y se compara la afinidad entre este precepto y el art. 1.51.2 Codice Civile: «Salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo all'altro, il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore (1678 e seguenti) o allo spedizioniere (1737 e seguenti); le spese del trasporto sono a carico del compratore (1475)».

¹³² IV. A. – 5:203: Goods sold in transit.

This Article applies to any contract of sale which involves goods sold in transit.

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.

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. Cfr. art. 68 CISG.

de regulación del contrato de compraventa, como un aspecto que sólo afecta obligacionalmente a las dos partes contratantes.

Y ello se confirma en el Libro VIII donde encontramos una referencia explícita a la transferencia del riesgo, el art. 2:201.2 (a), que precisa de modo claro que la transmisión de propiedad no afecta a los derechos y obligaciones de las partes basadas en un contrato, tales como los que resulten de la transmisión del riesgo:

Art. 2:201: Effects of the transfer of ownership:

(2) The transfer of ownership does not affect rights and obligations between the parties based on the terms of a contract or other juridical act, court order or rule of law, such as: (a) a right resulting from the passing of risk.

Este precepto es muy interesante porque subraya la naturaleza contractual de esta cuestión y desvincula de modo explícito el riesgo de los efectos de la transferencia de propiedad que tengan lugar entre las partes. El traslado del riesgo pertenece a los efectos puramente obligacionales derivados de la dinámica propia del contrato con independencia de la adquisición por el comprador¹³³. Esa desconexión explícita en un texto académico de armonización comunitario de la envergadura del DCFR resulta relevante.

La afirmación es especialmente importante precisamente porque el DCFR ha abordado la posible armonización de los sistemas europeos de transmisión de propiedad mobiliaria. Cuestión que por complicada había sido apartada a lo largo del siglo XX en el contexto de unificación de las normas de compraventa internacional. En el caso del DCFR se vio necesario afrontar las conocidas divergencias de los sistemas europeos (sistema consensual/basado en la tradición; causal/abstracto) si se quería lograr con ello una norma comunitaria al servicio del mercado único europeo¹³⁴. Y a la hora de llevar a cabo esa armonización, el DCFR opta por un criterio unitario de transmisión de propiedad, generalizado en los sistemas continentales y de *common law*¹³⁵ y rechaza el enfoque funcional

¹³³ Comment C al artículo VIII.- 2:201, vol. 5, p. 4578: «The passing of the risk, e.g., under a contract of sale, is not characterized as a property law issue under these model rules. It merely affects the rights and obligations in the internal relation as between transferor and transferee; in particular whether a buyer must pay the price although the goods will not be received due to a fortuitous event. As to contracts for sale, these issues are regulated in Chapter 5 of Book IV.A and are not affected by the rules on the transfer of ownership».

¹³⁴ VERSTIJLEN, F.M.J., «General aspects of transfer and creation of property rights including security rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPRO, E.Z. (eds.), *Divergences on Property Law. An obstacle for the internal market?*, Sellier, Munich, 2006, pp. 17-35; y comentario general: p. 5.

¹³⁵ De cara a una regulación futura de la transmisión europea de la propiedad mobiliaria, a juicio de SIMÓN MORENO, H., «Towards a European System of Property Law»,

de los países escandinavos que se caracterizan por no determinar un único momento de transmisión de dominio, sino varios, en función de las posibles circunstancias, como la insolvencia o el impago. De esta regla unitaria se derivan las soluciones para la mayor parte de los aspectos implicados, cuestiones contractuales y no contractuales¹³⁶.

A decir verdad el tema del paso del riesgo ya estaba resuelto al margen del Libro VIII, aunque fuera objeto de atención en el trabajo preparatorio de este Libro a través de los informes nacionales sobre «Transfer of movables», aludidos más arriba (epígrafe 4), y se viera conveniente incluir en este Libro VIII este artículo 2:201.2 (a).

Nos referimos que estaba decidido en el seno del Study Group on a European Civil Code antes de que empezara a trabajarse sobre ese Libro VIII, en el sentido de que la transmisión de la propiedad no fuera el hecho determinante para saber qué parte debe soportar el riesgo de la destrucción fortuita de los bienes¹³⁷. Así se deduce de los Principles of European Law on Sales (en adelante, PEL-Sales), elaborados por el Study Group¹³⁸, cuyo Capítulo 5, igualmente titulado Passing of risk¹³⁹, es prácticamente idéntico al del DCFR de modo que hay una traslación del contenido de los PEL-Sales al DCFR, lógica en cuanto constituyen en gran medida el trabajo preparatorio del mismo¹⁴⁰.

European Review of Private Law, 2011-5, p. 603, esta regla podría ser adoptada como punto de partida debido a que es el sistema por el que opta el DCFR basado en un sistema de título único donde la propiedad es un derecho absoluto.

¹³⁶ Decisión criticada desde la perspectiva escandinava, partidaria de una solución funcional de la transferencia de propiedad, aplicada al paso del riesgo también: HÅGSTAD, T., «General aspects of transfer and creation of property rights, including security rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPRO, E.Z. (eds.), *Divergences on Property Law. An obstacle for the internal market?*, Sellier, Munich, 2006, pp. 36-44 (p. 39 en relación al riesgo); y en «Derivative acquisition of ownership of goods», *European Review of Private Law*, 2009-4, pp. 725-74, en el que comenta el Capítulo 2 del Libro VIII del DCFR y expresa su opinión contraria al criterio adoptado en este trabajo respecto a la adquisición derivativa. Este autor ha sido advisor del equipo de trabajo del Libro VIII y miembro del Comité de Coordinación y considera que la perspectiva escandinava es más apropiada, práctica y se cohonesta mejor con la regulación de la compraventa internacional (CISG) y el Código Uniforme de Estados Unidos.

¹³⁷ Es decir, antes de que se empezara a trabajar sobre el tema, la cuestión ya estaba decidida: HÅGSTAD, «Derivative acquisition...» [n. 136] p. 726.

¹³⁸ Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law on Sales*, prepared by E. HONDUS, V. HEUTGER, C. JELOSCHKE, H. SIVESAND, A. WIEWIOROWSKA, in collaboration with the Dutch Working Team, Sellier, Munchen, 2008. Los PEL-Sales incorporan varias traducciones de los textos artículos a diferentes lenguas comunitarias, entre ellas, al castellano. La traducción al castellano de los PEL-Sales ha sido realizada por B. Fernández Gregoraci (pp. 85-97).

¹³⁹ Capítulo 5 titulado de la misma manera (Passing of risk): pp. 12-13. En castellano: pp. 94-96.

¹⁴⁰ Los PEL-Sales contienen las mismas previsiones generales y especiales. Sí hay alguna diferencia pero no esencial. El DCFR ha matizado algún término y ha mejorado con referencias integradas respecto a los remedios por incumplimiento. Por ejemplo: El DCFR

La posición del DCFR en cuanto a la regulación del paso del riesgo por pérdida y deterioro se inserta en una concepción del cumplimiento del contrato bilateral basada en el principio de conformidad contractual que está en la CISG. El momento relevante para determinar la conformidad es aquel en el que se transfiere el riesgo, de modo que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista en el momento en el que el riesgo se transmite al comprador, incluso si la falta de conformidad apareciese después de ese momento (IV.A.-2:308)¹⁴¹, un trasunto del artículo 36.1 de la CISG¹⁴². La transmisión del riesgo al comprador constituye el momento *a quo* de la responsabilidad del vendedor por conformidad del objeto vendido.

Los comentarios del DCFR justifican esta regla por dos motivos: primero, porque la transmisión del riesgo significa que los bienes han abandonado la esfera de influencia del vendedor (de acuerdo con IV.A.-5:102) y no tiene más control sobre ellos, y en consecuencia sería injusto cargar al vendedor con la responsabilidad por la falta de conformidad respecto de bienes que ya no están bajo su control. Y segundo, esta regla asegura que el comprador asuma el riesgo del pago, junto con el riesgo de la falta de conformidad. Por lo tanto el riesgo se transmitirá cuando el comprador reciba los bienes, o debiera haberlos recibido o cuando los bienes pasen al primer porteador, en su caso¹⁴³.

Además la transmisión del riesgo no exonera al vendedor de la obligación de enviar el objeto ni tampoco de la responsabilidad por no conformidad de lo vendido. En ese sentido las reglas de remedios por no conformidad absorben las previsiones sobre el riesgo

ha completado IV.A.- 5:201 con una precisión *in fine* la redacción del artículo 5:201 de los PEL-Sales (cfr. p. 13 versión inglesa, p. 95 versión en castellano).

¹⁴¹ IV.A.- 2:308: Relevant time for establishing conformity (ídem art. 2:208: PEL-Sales).

(1) 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.

(2) In a consumer contract for sale, any lack of conformity which becomes apparent within six months of the time when risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.

(3) In a case governed by IV.A – 2:304 (Incorrect installation in a consumer contract for sale) any reference in paragraphs (1) or (2) to the time when risk passes to the buyer is to be read as a reference to the time when the installation is complete.

¹⁴² Hay voces que en otros aspectos diferentes consideran menos convincentes las normas del DCFR si se comparan con las previstas en CISG: SCHWENZER, I. y HACHEM, P., «Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to CISG?», *European Journal of Law Reform*, vol. 11-4, 2009, pp. 459-472, compara las estructuras de la parte de Sales del DCFR con CISG. Ver también ACKERMANN, T., «Beyond expectation? - An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages», en WAGNER, G., *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009, p. 36.

¹⁴³ Comment B al artículo IV.A.-2:308, vol. 2, pp. 1310-1311.

(IV.A.-2:308)¹⁴⁴, bajo la influencia del artículo 70 CISG, que compatibiliza las normas de transmisión del riesgo con el derecho del comprador frente a un incumplimiento del vendedor: «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 incumplimiento¹⁴⁵. Es cierto que el riesgo por definición tiene su razón de ser por acontecimientos producidos después de celebrado el contrato y antes de la entrega, pero sus consecuencias se absorben en el incumplimiento como concepto integrador¹⁴⁶.

7. AUSENCIA DE CORRELACIÓN ENTRE EL MOMENTO PARA EL PASO DEL RIESGO Y PARA LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DCFR

Toda vez que la transmisión del riesgo de pago se independiza conceptualmente de modo expreso en el DCFR de la transferencia de la propiedad dado que aquélla aborda un tema puramente obligacional derivado de la dinámica sinalagmática propia del contrato y la segunda afecta a la adquisición dominical por el comprador, interesa conocer el momento elegido para la determinación del paso del riesgo y contrastarlo con el elegido para la transmisión de la propiedad mobiliaria, lo que permite a su vez ver si hay en este texto armonizador una superación de la divergencia entre los sistemas europeos. En cuanto al momento temporal en el que se trans-

¹⁴⁴ Comment C al artículo IV.- A.-5:102, vol. 2, p. 1374: las normas sobre no conformidad «override» las del paso del riesgo. El vínculo entre el paso del riesgo y la recepción de los bienes es especialmente importante allí donde existe una reserva de dominio.

¹⁴⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *El principio de conformidad del contrato de la compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 200; CAFFARENA, [n. 97] pp. 555 y ss; GOÑI URRIZA, N., «La compraventa internacional», en S. CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 715-740 [738]; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, [n. 126] pp. 936-937.

¹⁴⁶ Esta afirmación es matizable y los comentarios al DCFR plantean una posible situación de conflicto entre las previsiones relativas al riesgo y las de conformidad: cuando se transmite el riesgo antes de que llegue el bien a poder del comprador. Por ejemplo, cuando son objeto de entrega al primer transportista en aplicación del artículo IV.A.-5:202 (Transporte de bienes) y no se puede saber si la disconformidad ya existía en este momento que es cuando ya pasó el riesgo al comprador o se produjo el deterioro durante el transporte. En el primer caso sería responsabilidad del vendedor y en el segundo del comprador porque el riesgo ya pasó a su cargo (Comment C, vol. 2 p. 1374). Se reducirá la cuestión a un problema de prueba: PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., «Comentario al Libro IV.A del DCFR», en VALPUESTA GASTAMINZA, *Unificación del derecho*, [n. 7] pp. 219-238, sobre el riesgo en la compraventa: pp. 230-234, ver al respecto p. 231.

fiere el riesgo, con carácter general, el DCFR (IV.A-5:102), considera en primer lugar que (1) el riesgo se transmitirá cuando el comprador reciba los bienes o los documentos representativos. Añade (2) que si el contrato se refiere a bienes que no están identificados, el riesgo no se transmite al comprador hasta que los bienes estén claramente identificados a los efectos del contrato, bien mediante señales en ellos, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo¹⁴⁷. La identificación de los bienes es esencial ya que por definición sólo es posible hablar de daño o de pérdida respecto a bienes concretos y determinados. Por lo tanto, hasta que ello no se produzca, de cualquier forma posible, no hay transmisión del riesgo, aunque los bienes estuvieran a disposición del comprador según el artículo IV.A.-5:201¹⁴⁸.

El precepto busca atribuir el riesgo a través del control del objeto, bien por la recepción del objeto mismo, bien por la de los documentos representativos. Los comentarios al DCFR consideran que el control del objeto del contrato trata de colocar a quien lo ostenta en la mejor posición para protegerlo de cualquier daño, deterioro o pérdida y también para poder asegurarlo de la mejor manera posible¹⁴⁹, lo que está en la misma línea de pensamiento que la CISG.

Para las ventas de consumo¹⁵⁰, el DCFR incorpora una regla específica imperativa (IV.A-5:103) según la cual el riesgo no se transmite hasta que el comprador, consumidor, reciba los bienes. Aquí no se tiene en cuenta la recepción material de los documentos representativos de los mismos, lo que parece lógico porque esto es algo propio de contratos mercantiles¹⁵¹. Y si incumple dicha obligación de recibir los bienes, de modo no justificado, estando los bienes a su disposición, se le «sanciona» con la transmisión del riesgo cuando éste debiera haber recibido los bienes¹⁵². Es una importante garantía para el consumidor que el paso del riesgo

¹⁴⁷ Traducción del artículo 5:102, siguiendo la traducción al castellano de los PEL-Sales, p. 94.

¹⁴⁸ La identificación de los bienes es especialmente importante en caso de ventas que entrañen transporte porque cuando hay entrega directa, la identificación no plantea problemas en la práctica. Sin embargo, si hay transporte, entonces sí será relevante por las obligaciones que asume el vendedor en estos casos (IV.A.-2.204: Carriage of the goods).

¹⁴⁹ Comment B al artículo IV.A.-5:102, vol. 2, p. 1373.

¹⁵⁰ Nótese que el DCFR utiliza la expresión *consumer contract for sale* en vez de la de *consumer sale*, que emplean los PEL-Sales.

¹⁵¹ Se refuerza así la posición del consumidor con la garantía adicional de que hasta que no tenga materialmente los bienes en su poder no asume riesgos por pérdida o deterioro: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., «La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, 2011, pp. 1101-1124 [111] y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, [n. 126] p. 942.

¹⁵² Este es el único caso en el que se aplica a las ventas de consumo una regla especial IV.A-5:103 (3).

siempre se produzca por la adquisición de la posesión material por el comprador y no al transportista. Según el comentario al borrador de CFR, esto constituye un incentivo para el vendedor a fin de poner el sumo cuidado en la organización del transporte y en la elección del transportista. También es el vendedor el que estará en la mejor posición de calcular el precio integrando el coste económico de los riesgos de transporte en instrumentos financieros a largo plazo y para obtener el mejor seguro que de ordinario quedarán cubiertos por el precio; a diferencia del comprador que encontraría más dificultades para presentar reclamaciones contra terceros o en términos de aseguramiento¹⁵³. Las normas sobre venta con transporte de bienes no son aplicables a las ventas de consumo (cfr. *infra* art. 20 Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores). Respecto a la transmisión de propiedad, el artículo VIII.-2:101 establece el criterio de la entrega de la cosa («delivery¹⁵⁴ or an equivalent to delivery») ¹⁵⁵, pero como «default rule», por lo tanto las partes tienen autonomía para determinar el momento en el que se transfiere la propiedad, toda vez que se cumplan los requisitos para que opere la transmisión. La doctrina ha calificado este sistema de transmisión de propiedad por el que ha optado el DCFR de mixto «traditio-consensual». El dejar a las partes elegir el sistema de transmisión de propiedad ha sorprendido a autores como Salomons que lo ha visto como una manera de «contentar-conciliar» los diferentes sistemas en juego¹⁵⁶. Por el contrario, otros lo defienden, como Lurger, quien formó parte de la redacción y justifica el criterio adoptado que se apoya en el principio de autonomía de las partes quienes por razones comerciales o personales pueden, si lo desean, optar por otro criterio diferente al previsto y

¹⁵³ Coment C al artículo IV. A.-5:103, pp. 1378-1379.

¹⁵⁴ Según el art. 2:104 (1): «For the purposes of this Book, delivery of the goods takes place when the transferor gives up and the transferee obtains possession of the goods in the sense of VIII.-1:205 (Possession)». La entrega tiene lugar por lo tanto cuando pasa el control físico directo o indirecto sobre los bienes. La literalidad de este precepto puede llevar a pensar que con el uso de los verbos *giving up* y *obtain*, la entrega no es contemplada como un acto jurídico bilateral en el sentido de transferencia de la posesión, sino como dos actos jurídicos separados unilaterales.

¹⁵⁵ Estas posibilidades de «delivery» o «equivalent to delivery» supone pasar la posesión a la persona del adquirente. Esto último es calificado por SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49] p. 714, como expresión paraguas para la *traditio brevi manu* [art. 2:105 (1)], la *traditio longa manu* (art. 2: 105 (2)), la *traditio symbolica* [art. 2:105 (3)] y la *traditio by delivery of a document* [art. 1:105 (4)]. Respecto al *constitutio possessorium* (el control físico del objeto permanece en poder del transmitente) no es mencionado entre estas opciones equivalentes a la entrega, lo que suscita dudas al respecto.

¹⁵⁶ SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49] p. 715. Afirma con sorpresa y cierta ironía el autor que «puede resultar una brillante solución al problema de satisfacer a los que prefieren un sistema consensual, como el Derecho inglés y el francés, y los que tienen el sistema de la traditio, como Alemania y los Países Bajos. Eso tiene un precio, sin embargo, el «valor de la publicidad» de la posesión física es pequeño en detrimento de la seguridad jurídica.

considera que la opción de una transmisión de la propiedad por *consensus* no tiene un carácter general para que se use siempre que se quiera y cuando se quiera, sino que las partes sólo deberían acudir al mismo por una particular necesidad para ello, debido a especiales circunstancias y debe haber prueba de tal acuerdo¹⁵⁷.

Los comentarios a este artículo VIII.-2:101 detallan las múltiples razones que están detrás de esta decisión, pero la doctrina mayoritaria¹⁵⁸ y los propios comentarios¹⁵⁹ confirman que el sistema basado en la entrega protege mejor los intereses de las partes y resuelve de manera más adecuada las situaciones de conflicto. La *traditio* da mayor publicidad a la transmisión de la posesión, pero el criterio basado en la entrega aparece como subsidiario porque no es una cuestión de fácil decisión el determinar un único mecanismo europeo de transmisión de propiedad a la vista de las importantes diferencias entre los diferentes países, relevantes y de honda tradición histórica¹⁶⁰.

Dicho esto, nótese que las normas sobre paso de riesgo del DCFR no se remiten a la «entrega» (IV.A.-2:201: Delivery). Este precepto regula el cumplimiento del vendedor de la obligación de entrega (1) haciendo los bienes o los documentos, si así se ha acordado, disponibles al comprador; (2) en caso de transporte, entregando los bienes al primer porteador o remitiendo los documentos necesarios para que el comprador pueda recibir los bienes, y (3) cualquier referencia al comprador incluye la entrega de una tercera persona si se ha establecido en el contrato. Por el contrario, el momento preciso para el paso de riesgo requiere no tanto de la puesta a disposición, sino de la posesión material o el control concretamente sobre el objeto.

En consecuencia, un enfoque contractual, más práctico y fáctico en la línea de la CISG en la que se inspira, bajo el fundamento del poder de control sobre el bien. Ello refuerza la desconexión total con el

¹⁵⁷ LURGER, B., «Transfer of ownership of movables in Book VIII of DCFR 2009 –with and without the transferor’s right to transfer ownership», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, pp. 47-64 [51].

¹⁵⁸ Se han pronunciado a favor de transmisión mediante *traditio* y también preferentemente de modo causal que abstracto, en beneficio del tráfico jurídico: SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49]; SIMÓN MORENO, «Towards a European System...», [n. 135] p. 605; VISSER, «*Favor Emptoris*...», [n. 97] p. 91. Por su parte, DROBNIG, «Transfer of Property», en *Towards*, [n. 17] p. 1012, considera necesaria la entrega, le parece un sistema más claro y exige menos excepciones, y además preserva el concepto de propiedad ya que no necesita distinguir entre los efectos de la transmisión inter partes y erga omnes. Ahora bien, también partidario del sistema abstracto alemán que le parece más práctico para aislar la adquisición de la propiedad de posibles defectos del contrato.

¹⁵⁹ Ver Comment A-F al art.VIII.-2:101, vol. 5, pp. 4425-6.

¹⁶⁰ El DCFR no parece exigir un acuerdo real para la transmisión de dominio, no obstante no es claro al respecto para todos los autores, véase la opinión de VAN VLIET, L., «Transfer of movables as a legal act», *The Edinburgh Law Review*, 2010, vol. 14, pp. 498-512.

momento en el que se transfiere la propiedad porque la entrega es un concepto jurídico ambiguo que admite posibilidades de equivalencia y de ficción que no se adaptan a la regulación del traslado del riesgo.

Por otro lado, la propuesta del DCFR, permitiendo que las partes puedan consensualmente determinar la transferencia de la propiedad, deja latente la divergencia entre los sistemas europeos en este punto y mantiene el *gap* entre la norma de paso del riesgo y la transmisión de propiedad en los sistemas europeos basados en el consentimiento.

8. EL RIESGO DEL PRECIO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La transmisión del riesgo del precio en la legislación europea ve su primera regulación, si bien de modo implícito, en la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo¹⁶¹ y más recientemente, de forma explícita, en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁶².

8.1 La derogación implícita de la máxima *periculum emptoris* en la Directiva 99/44/CE

La Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, guarda silencio sobre el momento temporal de transmisión del riesgo. Más aún el Considerando (14) afirma «[q]ue las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos»¹⁶³. Sin embargo, esta expresión no es en absoluto cierta y a pesar de que la Directiva no quiso decidir sobre el vínculo entre entrega y transmisión del riesgo, lo cierto es que una lectura lógica de la Directiva lleva a adoptar el criterio de la entrega al consumidor como referencia temporal para que pasen a éste los riesgos, a la vista de que el artículo 2.1 establece que el vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien

¹⁶¹ DO L 171 de 7.07.1999, pp. 0012- 0016.

¹⁶² DOUE L 304/64, 22.11.2011. Por esta Directiva 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.

¹⁶³ Como afirma GRUNDMANN, S., «*European sales law – reform and adoption of international models in German sales law*», *European Review of Private Law*, 2001, 2&3, pp. 239-258 [251-252], la Directiva no quiere decidir sobre la diferencia entre «*delivery*» y «*passing of risk*» en cuando al momento temporal relevante para ello.

que sea conforme al contrato de compraventa (principio de conformidad).

Fue el caso del Reino Unido que reformó en 2002 la norma *Sale of Goods Act* de 1979, que si bien con carácter general en el artículo 20 establece que el riesgo se transmite con la propiedad, tras la reforma que está en vigor desde 2003, el riesgo en las ventas de bienes de consumo se transfiere con la entrega del bien al consumidor¹⁶⁴. Además en caso de transporte, no se aplica la regla general de entender transmitido el riesgo con la entrega al porteador. Esto es, entrega al porteador no significa entrega al comprador¹⁶⁵.

Por su parte, el BGB se adapta a la Directiva en la reforma del Derecho de obligaciones incluyendo el principio de conformidad (§§ 433 par. 1 y 434 par. 1) e introduce una sección relacionada con ventas de consumo (§§ 474-479)¹⁶⁶.

En el caso de España, tras su trasposición por Ley 23/2003, de 10 de julio (actualmente, RDL 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), la doctrina también ha considerado que por lo que respecta a las ventas de consumo, los riesgos corresponden al vendedor hasta que se produzca la entrega y entiendo derogado para este tipo de contratos el artículo 1452 CC¹⁶⁷. Con este fundamento, la pérdi-

¹⁶⁴ Se introdujo el párrafo cuarto en el artículo 20 (Passing of Risk) en virtud de «The Sale and Supply of Goods to Consumers» (2002. n.º 3045):

«In a case where the buyer deals as consumer or, in Scotland, where there is a consumer contract in which the buyer is a consumer, subsections (1) to (3) above must be ignored and the goods remain at the seller's risk until they are delivered to the consumer.»

Según ADAMS y MACQUEEN, *ATTYAH'S Sale of Goods*, [n. 58] p. 348, esta regla es muy sensata y en coherencia con las pólizas de seguro que cubrirán de ordinario el riesgo solo cuando el comprador adquiera la posesión física de la cosa. Está además en la misma línea que la American Uniform Commercial Code: Art. 2-509 (3). Según este precepto el vendedor soporta el riesgo en ventas de consumo hasta que el consumidor recibe los bienes y según el Comment 3 a este precepto la ratio es precisamente la posibilidad de asegurarlos desde ese momento.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 348, parece que incluso antes de la reforma muchos empresarios ya operaban conforme a este principio ya que la regla general está pensada para ventas comerciales.

¹⁶⁶ La doctrina apunta a la influencia de esta Directiva en Alemania: GRUNDMANN, «*European sales law...*», [n. 163] pp. 251-252, si bien la CISG no había influido demasiado en el derecho alemán, sí la Directiva; PURNHAGEN, K.P., «The Struggle with the Europeanisation of Private Law Six Years After the Reform—An Overview on the Status quo of Germany's Sales Law and Consumer Protection», 2009, Univ. Lucerna.

¹⁶⁷ Artículo 1452 CC que debería ser modificado a juicio de MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Código Civil europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, oct-dic, 2003-A, pp. 1609-1651 [1628]; e *Ibidem*, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, pp. 170-172; ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, pp. 97-103 e *Ibidem*, «La regla *periculum est emptoris* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, II, págs. 2765-2775; REYES LÓPEZ, M.J., «La idea de conformidad en el ordenamiento jurídico español tras la

da y el deterioro casual implican un incumplimiento del contrato por parte del vendedor¹⁶⁸, la primera de la obligación de entrega y el segundo, de la obligación de entrega conforme con lo pactado.

Incumplimientos que generan el derecho del comprador a acudir a los remedios amparados en el artículo 3.1 de la Directiva: «[e]l vendedor responderá de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien», con lo que introduce una responsabilidad contractual de éste hacia el comprador por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega, a pesar de que la norma no proporcione una definición comunitaria de entrega ni aborde explícitamente la transmisión del riesgo, como reconoció la Comisión Europea en el informe sobre la transposición de esta Directiva en 2007¹⁶⁹.

La Directiva por lo tanto, diluye la diferencia conceptual entre incumplimiento y riesgos por cuanto la pérdida o deterioro es imputable al vendedor de modo objetivo, sea debido a una actitud culpable de éste o bien fruto de un acontecimiento imprevisible o fortuito. Si hay pérdida, casual o no, el vendedor no cumple con su obligación de entrega y si la entrega es defectuosa, incluso por deterioro fortuito, también se incumple el contrato. Por lo tanto, la transferencia del riesgo queda absorbida por la falta de conformidad bajo un concepto objetivo de incumplimiento de amplia cobertura y neutro¹⁷⁰. Como

Directiva 199/44/CE en PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L. y REYES LÓPEZ, M.J. (Coords.), *Derecho patrimonial europeo*, núm. 10 (monográfico), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 321-338.

¹⁶⁸ Como ya planteó en los años noventa PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1179-1746. Ver el capítulo «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO, *La modernización*, [n. 167] pp. 15-52.

Los Principios del Derecho europeo de contratos (*Principles of European Contract Law*), Art. 8:108, conducen a esta interpretación (trad. Díez-PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002). Como afirma Díez-Picazo, este precepto pone de manifiesto que el régimen de responsabilidad contractual de estos PECL es un régimen objetivo.

¹⁶⁹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the implementation of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees including analysis of the case for introducing direct producers' liability. Brussels, 24.4.2007. COM (2007) 210 final. Ver primera parte de este documento: *The implementation report*.

¹⁷⁰ En MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, p. 29 y 120 y ss; FENOY PICÓN, «La modernización...», [n. 121] p. 70, que a juicio de la autora «neutraliza la teoría de los riesgos»; VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64-I, pp. 5-39 [12].

Un entendimiento del incumplimiento contractual «independiente» de la idea de imputabilidad se confirma en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que admite la resolución contractual basada en el incumplimiento esencial que genera la frustración del fin del contrato, cualquiera que sea la causa de ésta, imputable o no al comportamiento de las partes: Díez-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005; CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento*,

dice Morales Moreno¹⁷¹, «el problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento», y temporalmente el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor hace todo lo que le incumbe para cumplir con su obligación de entrega de los bienes, que tiene que estar en conformidad en ese momento.

Este concepto de conformidad establecido en el ámbito comunitario en las ventas de consumo, se ha convertido en clave de la modernización del decimonónico derecho general de obligaciones¹⁷², bajo la influencia de la CISG, de la que toma su sistema contractual¹⁷³.

En consecuencia, la máxima *periculum est emptoris* ha sido abandonada en el ámbito de consumo, como también el principio francés en el cual el riesgo pasa al comprador en el momento en el que se transfiere la propiedad, que tiene la desventaja de que no sitúa el riesgo en las manos de la persona que tiene el control real de la cosa a diferencia del sistema basado en la entrega. El criterio de la entrega se imbrica en el cumplimiento del vendedor de su obligación principal dentro de la relación contractual sinalagmática, que supera la primitiva unilateralidad obligacional romana¹⁷⁴, de modo que si una de las partes no puede cumplir lo que le incumbe, acudirá a los remedios correspondientes y el consumidor estará protegido hasta la entrega.

Pero el problema es que esta comprensión no es uniforme en la Unión Europea. La Directiva 99/44/CE en absoluto ha logrado la homogeneidad que hubiera sido deseable y su transposición se ha llevado a cabo de manera muy diferente en los distintos Estados, produciéndose una amplia dispersión normativa por una irregular interpretación de la Directiva, en éste y otros aspectos, derivada de

Tirant lo Blanc, Valencia, 1998; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª ed., ed. Comares, Granada, 2003. Respecto a la imposibilidad de cumplimiento y la resolución del contrato, véase SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

¹⁷¹ MORALES MORENO, «Adaptación del Código Civil europeo», [n. 167] p. 1628.

¹⁷² Ver *supra* la nota 121 acerca de las Propuestas de la Comisión de Codificación y los estudios comparados allí citados de N. FENOY PICÓN.

También VAQUER, «El principio de conformidad», [n. 170] pp. 10 y 22 lo considera clave sin perjuicio de que el autor considere incompleta la propuesta de modificación del Código Civil porque por un lado el contrato de servicios no parece quedar afectado por esta idea y por otro lado, en otros contratos hay una mera disposición.

¹⁷³ Así lo constata la doctrina: FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996; y FENOY PICÓN, «La modernización»..., [n. 121] Parte Primera, pp. 64-66 y 70; GOÑI URRIZA, [n. 145] pp. 718-737; AVILÉS GARCÍA, J., *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Comares, Granada, 2006, pp. 173-182.

¹⁷⁴ Afirma MORALES MORENO, A.M., «Claves de la modernización del Derecho de obligaciones», *Diario La Ley*, año XXXII, Núm. 7765, 29.12.2011, pp. 8-11, que el nuevo modelo está en la relación bilateral, sinalagmática, la compraventa, que supone superar el sistema que el Código tomó del modelo romano unilateral de las estipulaciones o el legado [9].

su carácter de armonización mínima, de modo que algunos países han adoptado normas de mayor protección que otros. Esa fragmentación del mercado se refleja en el *Compendium de derecho de consumo europeo* (2006) elaborado al efecto de valorar la aplicación de las Directivas de consumo como elemento de referencia para su revisión y del que resulta precisamente que el punto temporal en que es apreciada la conformidad es muy diferente de unos países a otros, para algunos es en la perfección del contrato y en otros la entrega o el cumplimiento del contrato¹⁷⁵.

En consecuencia se ha ido constatando el manifiesto temor de los consumidores europeos a llevar a cabo operaciones transfronterizas, especialmente ventas a distancia y *on line* por falta de confianza en el mercado¹⁷⁶, y de ahí, que la Unión Europea, en el proceso de revisión del *acquis* comunitario¹⁷⁷ y posteriormente en 2007, tras el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo presentado, perciba el problema de la entrega y el riesgo como uno de los elementos clave de divergencia de las reglas nacionales centrado en la transferencia del riesgo en caso de pérdida y deterioro de los bienes durante el transporte porque ello afecta intensamente a la confianza del consumidor¹⁷⁸.

8.2 La adquisición de la posesión material como criterio comunitario explícito de transmisión de riesgo en la Directiva sobre derechos de los consumidores

El eco de esta preocupación lleva a la presentación el 8 de octubre de 2008 de una Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores¹⁷⁹, en la que se considera «[...] preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre entrega y transmisión del

¹⁷⁵ La Comisión encomendó este análisis comparado acerca de la aplicación de las ocho Directivas sujetas a revisión a la Universidad de Bielefeld (Alemania) bajo el auspicio del Prof. H. Schulte-Nölke. El resultado es un análisis comparado de las diferentes regulaciones, incluyendo posibles obstáculos para el comercio o distorsiones de la competencia y una base de datos del *acquis* que relaciona las Directivas bajo revisión, jurisprudencia comunitaria, medidas de transposición nacional así como jurisprudencia nacional): SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (ed.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, Munich, 2008. Versión electrónica: *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2006.

¹⁷⁶ Los estudios realizados reflejan el miedo al retraso en la entrega del objeto por parte del consumidor y a una posible pérdida y deterioro en el tránsito, entregas tardías e incompletas, amén de lo complicado de hacer efectivas las garantías legales en estos supuestos (http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf).

¹⁷⁷ Comunicado de la Comisión Europea sobre «European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward» - COM (2004) 651, 11.10.2004.

¹⁷⁸ Bruselas, 8.2.2007. COM (2006) 744 final.

¹⁷⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. Bruselas, 8.10.2008. COM (2008) 614 final. Se propone revisar, entre otras, la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo.

riesgo»¹⁸⁰, entre otras cuestiones, bajo el objetivo de armonización máxima. Ello encendió el debate doctrinal¹⁸¹ y político porque muchos países vieron peligrar el alto nivel de protección de sus consumidores logrado hasta la fecha. Todo ello provocó la desafección hacia la Propuesta por parte de algunos y las críticas abiertas por otros, que en muchos casos estaban ya en la doctrina antes de que la Propuesta se presentase¹⁸². Se vio peligrar el futuro de la misma¹⁸³, y tras un largo periodo de tiempo¹⁸⁴, finalmente se aprobó la Directiva 2011/83/UE, de 22 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁸⁵, notablemente más reducida en su ámbito de regulación y más comedida en su pretensión armonizadora¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Considerando 37.

¹⁸¹ Ver MICKLITZ, H.W., «The targeted full harmonisation approach: looking behind the curtain», en HOWELLS, G. y SCHULZE, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pp. 47-83; MICKLITZ, H.W.-REICH., N. «Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Common Market Law Review*, 2009-46, pp. 471-519; MAK, V., «Review of the Consumer Acquis: Towards maximum harmonisation?», *European Review of Private Law*, 2009-1, pp. 55-73.

¹⁸² Sobre el temor hacia una doctrina de armonización máxima: SCHMID, C.U., «The instrumentalist conception of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law and its implications on a European Contract Law Code», *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1 (2), 2005, pp. 255-269; HOWELLS, G., «The role of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law for a European Contract law Code- A Comment», pp. 271-280 en GRUNDMANN, S. y SCHAUER, M. (ed.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2006; y LURGER, B., «The «Social Side» of Contract law and the New Principle of Regard and Fairness», en *Towards*, [n. 17] pp. 353-386, que considera que la técnica de la armonización máxima va en detrimento no sólo de los altos estándares de protección actualmente en vigor en muchos Estados miembros, sino que también crea nuevas fuentes de imprecisión y de inseguridad para la construcción y aplicación de las Directivas, y previene a los Estados miembros a la hora de trasponer las normas comunitarias a sus propias estructuras y categorías nacionales [355].

¹⁸³ Desde la publicación de la Propuesta se cuestionó el futuro de la misma. Sorprendió desde el primer momento la falta absoluta de conexión entre la Propuesta de Directiva y el DCFR, que era ya conocido por la Comisión Europea para la fecha de la publicación de aquella. Esta desconexión llama la atención porque la Comisión había expresado su propósito de que el DCFR sirviera como «*toolbox*» en orden a la revisión del *acquis communautaire* en materia de consumo (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo y al Consejo: *European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM (2004) 651 final). Pero con la Propuesta más bien lo que pone de manifiesto la Comisión es su propósito de llevar a cabo un Código europeo de derechos de los consumidores: HESSELINK, M.W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?*, *European Review of Contract Law*, 2009-3, pp. 290-303; HESSELINK, M.W., MAK, Ch. & BOOYS, T.Q., *How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive*, Report for the European Parliament, 22 octubre de 2009. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660 (Consulta 10.03.2011).

¹⁸⁴ Finalmente la Propuesta recibe el beneplácito de los Estados europeos el 24 de enero de 2011 (MEMO 11/39) y es objeto de debate en el plenario del Parlamento europeo el 7 y 23 de marzo de 2011 (Documento de sesión: 22.02.2011).

¹⁸⁵ DOUE L 304/64, 22.11.2011.

¹⁸⁶ La argumentación sobre armonización máxima y sus posibilidades en la UE sigue vivo: DE VRIES, A., «The aim for complete uniformity in EU Private law: An obstacle to further harmonization», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 913-932.

Esta Directiva recoge en el artículo 20 una regla expresa sobre transmisión del riesgo por pérdida o deterioro, que no existía en la Directiva 1999/44, y cuya ausencia había dado lugar a los problemas de heterogeneidad en la transposición de la misma¹⁸⁷:

Artículo 20. Transmisión del riesgo

«En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, 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. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.»

Por lo que se refiere al contenido, éste ha quedado reducido a la circunstancia de que la venta entrañe transporte. Ha de tenerse en cuenta que la Propuesta contemplaba la derogación de la Directiva 99/44/CE, pero finalmente ha quedado vigente, salvo una modificación consistente en la inserción del artículo 8 bis al efecto de que los Estados que adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de los consumidores informen de ello a la Comisión. Por lo tanto, aunque a primera vista, puede sorprender que la Directiva regule el riesgo solamente para casos de «envío» de bienes», sin que se contemple la hipótesis de que no haya transporte. El legislador comunitario ha debido entender que ello no es necesario por estar ya regulado en la Directiva 99/44/CE, considerando que el momento clave es la entrega al comprador-consumidor y sólo ve necesario contemplar la cuestión cuando hay transporte. Por lo demás lo importante es que el consumidor sólo responda del riesgo a partir de que adquiera él (o un tercero por él indicado) la posesión material¹⁸⁸. En la Propuesta de Directiva la regulación era diferente en contenido (art. 23)¹⁸⁹, y además no era

¹⁸⁷ El art. 18 (Entrega) y el art. 20 (Transmisión del riesgo) se aplican según el artículo 17.1.º «a los contratos de venta».

¹⁸⁸ Considerando 55.

¹⁸⁹ Artículo 23. Transmisión del riesgo:

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.

imperativa, lo que constituía un déficit que se ha corregido finalmente¹⁹⁰.

Por lo tanto, la regulación del paso del riesgo en las ventas del consumo queda regulada en las dos Directivas: a) Si no hay transporte, el riesgo se transmite por la entrega al consumidor, en el buen entendimiento del artículo 2.1 de la Directiva 99/44/CE; y b) en caso de que haya transporte, hay que acudir al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, que a su vez distingue entre dos hipótesis:

1) Si se encarga del transporte el vendedor, el riesgo se transmitirá cuando el consumidor (o el tercero indicado por él, diferente al transportista) adquiera la posesión material, que según el Considerando 55 *in fine*, a estos efectos «debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes cuando los ha recibido»¹⁹¹.

Una carencia importante de este artículo es que no se contempla el caso de que el consumidor no tome las medidas necesarias para adquirir la posesión material de los bienes (situaciones de mora), que sí estaba en el artículo 23 de la Propuesta¹⁹², cuyo Considerando 38 aclaraba el supuesto del consumidor que se retarda indebidamente en 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 última¹⁹³. Se entiende que el riesgo pasa cuando se ha hecho un intento de entrega y el consumidor no da los pasos necesarios para recibir los bienes, entonces el riesgo pasa en la fecha acordada para la entrega. De ahí la

¹⁹⁰ Cfr. IV. A.-5:103 DCFR. En el iter legislativo se sugirió por la doctrina que la regulación fuera imperativa: HESSELINK, M.W., MAK, Ch. & BOOYS, T.Q., *How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive*, report for the European Parliament, 22 octubre de 2009. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660 (fecha consulta 10.03.2011); LURGER, B., «Much Ado About (Almost) Nothing: The Integration of the So-Called «Consumer Acquis» in the Draft Common Frame of Reference», en A. SOMMA (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Netherlands, 2009, pp. 131, pp. 135 y ss.

¹⁹¹ En la versión inglesa de la Directiva se utiliza la expresión: *acquire the physical possession*, mientras que en el artículo 23 de la Propuesta se decía *material possession*. No hay un cambio conceptual, pero quizás la versión inglesa enfatiza más la idea de que la cosa llegue a manos del consumidor.

¹⁹² Este apartado segundo del artículo 23 desaparece en la versión final, pero sí estaba en la Enmienda 144 al artículo 23.2 de la Propuesta: 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 *manifiestamente* las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes» (Ver Enmiendas del Parlamento Europeo adoptadas el 24 de marzo de 2011 a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores (COM(2008)0614 – C6- 0349/2008 – 2008/0196(COD)).

¹⁹³ Ver LETE ACHIRICA, J.M., «La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: *nihil novum sub solet*», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a P. PAZ RUBIO, Madrid, 2009, p. 509.

importancia de establecer una fecha de entrega (el acordado, o en su defecto, 30 días a partir de la celebración del contrato *ex art.* 18)¹⁹⁴.

2) Si el transporte se realiza por cuenta del comprador, entonces pasa el riesgo con la entrega al transportista¹⁹⁵.

En consecuencia, será importante saber quién se ha encargado del transporte, porque ello determinará el control del objeto y por lo tanto su posición frente al riesgo del precio con la posibilidad de contratar un determinado seguro. Se adelanta por tanto la transmisión del riesgo al comprador (antes de que éste adquiera la posesión material) cuando organiza él mismo el transporte o decide él mismo recoger los bienes.

Ha de pensarse que si bien no es frecuente que sea el consumidor quien se haga cargo del transporte¹⁹⁶, pueden ser situaciones posibles que han de contemplarse en aras a la mejor protección al consumidor bajo la perspectiva del control sobre el objeto, que ya estaba en la CISG. Esta sintonía además podría facilitar la solución a un posible conflicto de leyes entre el instrumento internacional y el comunitario en materia de protección al consumidor¹⁹⁷.

La Directiva 2011/83/UE deja en el aire un problema que sí contempla la CISG, como el caso de que el comprador rehuse la recepción del producto (*cf.* art. 69.1 CISG), lo que no deja de ser importante en relación a posibles defectos y deterioros en el mismo.

Con todo, a los efectos de este trabajo, es de valorar que la Directiva 2011/83/UE acuda al criterio de la protección del consumidor mediante la adquisición de la posesión material, que es el de la recepción del objeto, bien del comprador o del porteador independiente. El legislador comunitario no usa en el artículo 20, al regular la transmisión del riesgo, la referencia a la «entrega»

¹⁹⁴ La Propuesta establecía el plazo máximo de 30 días y ello parecía demasiado estricto: SCHULTE-NÖLKE, H. y TICHÝ, L., *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Munich, 2010, el Anexo redactado por el Acquis Group en el que se valora la propuesta de Directiva a estos efectos: «*Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights*», pp. 157-183 [178-179].

¹⁹⁵ Originariamente esta cuestión no estaba prevista expresamente y se incorpora en la enmienda 143, que amplía el contenido del art.23.1 de la Propuesta, para cubrir el supuesto de que el consumidor se encargue del transporte: «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». *El riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista si el consumidor encargó al transportista el transporte de los bienes o si esta opción no le fue ofrecida por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.*

¹⁹⁶ ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa*, [n. 167] p. 103 y en «La regla *periculum*», [n. 167] p. 2774, afirma que en ventas de consumo cabría considerar nula pro abusiva aquella cláusula que excluyera la responsabilidad del vendedor por los riesgos de transporte.

¹⁹⁷ Sobre el tema véase: SANDVIK, B., «The battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 1097-1118.

contenida en el artículo 18, que salvo acuerdo de las partes, permite que la entrega se efectúe mediante «la transmisión de su posesión material o control al consumidor»¹⁹⁸. La referencia temporal clave en materia de riesgo es la recepción física por parte del comprador y ello subraya la importancia del control sobre el bien, que está presente desde la CISG hasta el DCFR. Quien tiene el control, asume el riesgo.

Además, mediante este criterio se evidencia aún más si cabe la desconexión respecto a la adquisición de propiedad que por otra parte queda fuera expresamente del ámbito de la Directiva 2011/83/UE, como afirma el Considerando 51: «El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva»¹⁹⁹. Por tanto los Estados tienen margen para concretar las modalidades de entrega en aras a la transferencia dominical al comprador, sin que ello deba afectar a efectos del riesgo que sólo se transmite mediante la entrega real y efectiva, la adquisición de la posesión material, en los términos del artículo 20.

En consecuencia, nos encontramos ante un instrumento legal europeo que incluye una norma de paso del riesgo basada en un criterio fáctico de recepción material de la cosa, en la misma línea de la CISG. Se elude aquí también una vinculación explícita con la entrega, que como institución jurídica de transmisión de posesión admite varias modalidades, no las mismas en cada país y no en todos con la misma finalidad, ligado en muchos, pero no en todos, a la adquisición de propiedad, aspecto que de momento se deja fuera de la voluntad armonizadora europea. No obstante, la doctrina apunta a que en los próximos años hay perspectivas de armonización de este ámbito, como hasta ahora lo ha sido del derecho de contratos²⁰⁰.

¹⁹⁸ El artículo 18 no da una definición de entrega ni contiene una regulación comunitaria de la misma. Esto quiere dejarlo claro la Directiva (Considerandos 13 y 51). Se limita a decir cómo se hace la entrega («mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor»), el plazo (treinta días a partir de la celebración del contrato, salvo pacto en contrario) y las consecuencias del incumplimiento de esta obligación (párrafos 2, 3 y 4).

¹⁹⁹ Cfr. Considerando 13: «La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión [...] Por ejemplo, [...] pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes [...]».

²⁰⁰ Ver AKKERMANS, B. y RAMAEEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, ed. Intersentia, Cambridge, 2012 y AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, [n. 125] pp. 203-204: No es fácil la armonización en este tema por-

8.3 El riesgo del precio en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

Tras la publicación del DCFR, la Comisión Europea decide avanzar en la armonización del derecho privado europeo mediante la elaboración de un estudio por parte de un grupo de expertos nombrado por la propia Comisión²⁰¹. Ese grupo redactó un texto articulado de derecho contractual europeo que abarcaba los aspectos principales que surgen en la práctica del comercio transfronterizo²⁰². A partir del mismo se publicó el 11 de octubre de 2011 una Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL)²⁰³, en forma de segundo sistema nacional que, de prosperar, sería de aplicación facultativa (*opt-in*) en este tipo de contratos transfronterizos, si bien los Estados miembros podrían ampliarlo a contratos domésticos²⁰⁴. Se trata de un instrumento opcional, controvertido²⁰⁵, cuya base legal es muy discutida²⁰⁶ e incluso ha sido tilda-

que el desarrollo de los sistemas de derecho de propiedad europeos, desde el Derecho romano, ha sido y es más bien proteccionista (bajo el principio *lex rei sitae*). Sobre este principio, ver: AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E., «*Lex rei sitae* in Perspective: National Developments of a common rule», en AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, ed. Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 123-151. También afirma SIMÓN MORENO, «Towards a European...», [n. 135] pp. 579-612, que aunque las acciones de la Unión europea en el ámbito de los derechos reales han sido aisladas y poco coordinadas, sin estar integradas en un plan global, dado que los esfuerzos se han centrado más en el derecho de contratos. El autor propone las bases para un sistema europeo de derecho de propiedad, viable en el marco comunitario.

²⁰¹ Grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo nombrado por la Comisión: Decisión de la Comisión 2010/233/EU, de 26.4.2010 (DOUE L 105/109, 27.4.2010).

²⁰² «Commission Expert Group European Contract Law», *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, 3.5.2011. Puede verse este trabajo en: R. SCHULZE y J. STUYCK, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 217-278.

Posteriormente se hizo pública en la web de la Comisión Europea una segunda versión-*draft*: 19 de agosto de 2011: «*Contract law-work in progress*», que variaba aquel en algunos aspectos.

²⁰³ Bruselas, 11.10.2011. COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD). No dice expresamente que trae causa del estudio de viabilidad.

²⁰⁴ *Cfr.* artículo 13 a.

²⁰⁵ Entre otros: LANDO, O., «Comments and questions relating to the European Commission's proposal for a regulation on a European Common Sales Law», *European Review of Private Law*, 2011-6, pp. 717-728 e *Ibidem*, «On a European Contract Law for Consumers and Businesses», en R. SCHULZE y J. STUYCK, *Towards a European...*, [n. 202] pp. 203-214; HESSELINK, M.W., «How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 2012-1, pp. 195-212; BASEDOW, J., «The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms – A Reply to Simon Whittaker –», *European Review of Contract Law*, 2012-1, pp. 82-87; WHITTAKER, S., «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of contract», *European Review of Contract Law*, 2011-3, pp. 371-388; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *INDRET*, enero 2012.

²⁰⁶ Sobre el artículo 114 TFUE como fundamento de CESL: HEIDEMANN, M., «European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 1119-1138.

do de innecesario por voces cualificadas, toda vez que ya existe la CISG²⁰⁷.

CESL aborda la cuestión del riesgo en el capítulo 14 (arts. 140-146), después de las obligaciones de vendedor y comprador y sus remedios respectivos, capítulo que estructura en tres secciones. La primera, de Disposiciones Generales (arts. 140-141)²⁰⁸, la segunda, relativa a la transmisión del riesgo en contratos de compraventa de bienes de consumo (arts. 142)²⁰⁹ y la tercera, en los contratos entre comerciantes (arts. 143-146)²¹⁰. Estos preceptos recogen

²⁰⁷ Así opina LANDO, «Comments», [n. 205] pp. 721-722, sin perjuicio de que a su juicio CESL mejora la Convención de Viena en algunos aspectos concretos.

²⁰⁸ Disposiciones Generales:

Artículo 140. *Efecto de la transmisión del riesgo.*

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.

Artículo 141. *Identificación de los bienes o contenidos digitales a los efectos del contrato.*

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.

²⁰⁹ Artículo 142. *Transmisión del riesgo en los contratos de compraventa de bienes de consumo.*

1. 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 o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales.

2. En los contratos de suministro de contenidos digitales no suministrados en un soporte material, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado al efecto por el consumidor haya obtenido el control de los contenidos digitales.

3. 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 o los contenidos digitales, 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 u obtenido el control de los contenidos digitales si la obligación de aceptarlos se hubiera cumplido.

4. Cuando el consumidor organice el transporte de los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material sin que esa opción fuese ofrecida por el comerciante, el riesgo se transmitirá cuando los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material se entreguen al transportista, sin perjuicio de los derechos del consumidor contra este último.

5. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

²¹⁰ Artículo 143: *Momento de transmisión del riesgo.*

1. 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.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 estará sujeto a los artículos 144, 145 y 146.

Artículo 144. *Bienes puestos a disposición del comprador.*

1. 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

sustancialmente el trabajo realizado por el grupo de expertos mencionado²¹¹.

El momento temporal de paso del riesgo que utiliza CESL con relación a las ventas de consumo es el de la adquisición de la posesión material de los bienes o del soporte material en el que se suministra el contenido digital (art. 142.1); y si éste no se otorga de esta forma, cuando se obtenga el control de dicho contenido (art. 142.2). Por lo tanto, con esta última salvedad que viene dada por la propia naturaleza del objeto contractual, el criterio que se sigue es próximo al DCFR, cuyo artículo IV.A.-5:103, utiliza la expresión «take over» y es literalmente idéntico al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE; y también el artículo 142.4 CESL contempla el transporte a cargo del comprador, hipótesis en la que igualmente se adelanta la transmisión del riesgo con la entrega al transportista²¹². Para contratos

haber tomado posesión 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.

2. Si los bienes o los contenidos digitales 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 o los contenidos digitales están a su disposición en dicho lugar.

Artículo 145. *Transporte de los bienes.*

1. El presente artículo se aplicará a los contratos de compraventa que incluyan el transporte de los bienes.

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.

4. 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.

Artículo 146. *Bienes vendidos en tránsito.*

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 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.

²¹¹ La regulación del paso del riesgo de CESL es idéntica a la contenida en la segunda versión del «feasibility study» de 19 de agosto de 2011 (Chapter 14: arts. 141-147), que amplía la versión oficial del «Feasibility study» (Chapter 14: arts. 143-149) al incluir el contenido digital que no estaba incluido inicialmente, pero que la Comisión decidió introducir tras el estudio realizado por: LOOS, M., MAK, Ch., HUGENHOLTZ, B., y HELBERGER, N., *Digital Content Services for Consumers, Centre for the Study of European Contract Law (CSECL, Universiteit van Amsterdam)* y el *Institute for Information Law (IVIR)*, Amsterdam, 2011. Ver en http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf (fecha consulta 30 de mayo de 2012).

²¹² El artículo 142.3 contempla la hipótesis de incumplimiento del comprador de la obligación de aceptar los bienes, en similares términos al artículo IV.A.-5:103.

comerciales, el momento de transmisión del riesgo es cuando el comprador recibe los bienes o los contenidos digitales o los documentos que representan estos bienes (art. 143), lo que coincide con el DCFR (art. IV.A.-5:101).

Por lo tanto, a estos efectos la propuesta CESL está en la línea de la Directiva de derechos de los consumidores y del DCFR. Hay una clara continuidad que parte de la CISG y que llega hasta el presente en el entendimiento de vincular como regla general la transmisión del riesgo a la adquisición de la posesión material, física, a la recepción del bien, a que éste llegue a las manos del comprador, si éste es consumidor. Y si no lo es, se admite también la entrega de documentos representativos. Para el caso de que el comprador asuma el transporte, pasará el riesgo en el momento de la entrega al transportista porque es desde ese momento cuando el vendedor ya no tiene el control, siendo éste el fundamento legal que inspira la regulación, basada en criterios fácticos y económicos, dentro del esquema contractual de cumplimiento del contrato porque el artículo 105 CESL reconoce que el momento relevante para determinar la conformidad es el de la transmisión del riesgo.

De otra parte, tampoco se hace una correlación del riesgo con la regulación de la entrega contenida en el artículo 94 de CESL, que recoge varias modalidades de entrega: *a)* la transmisión de la posesión material o el control; *b)* la puesta a disposición de los bienes al primer porteador o entregando a este documentos que permita recoger los bienes en su poder; *c)* poniendo a la disposición del comprador los bienes o los documentos representativos, si así se ha acordado. Eso explica que la norma del paso de riesgo sea más precisa en su determinación temporal, porque su inspiración no es la de la entrega en el sentido traditivo de transferencia de propiedad, sino de cumplimiento efectivo de la obligación del vendedor desprendiéndose de su posesión material o física.

En consecuencia, estamos también aquí ante un enfoque estrictamente contractual, sin vinculación alguna con la propiedad, que ni siquiera está regulada por CESL, más aún, es excluida expresamente²¹³, ello a pesar de que se impone como obligación del vendedor (art. 91 b). De modo que si se llegara a aprobar esta propuesta de Reglamento, tal cual resulta de la Propuesta publicada, respecto a esta cuestión se aplicará el derecho nacional que corresponda al contrato transfronterizo de conformidad con las reglas de Derecho

²¹³ Considerando 27.

internacional privado correspondientes (normalmente, Reglamento Roma I)²¹⁴.

Existen voces críticas respecto a esa ausencia de previsión sobre la transmisión de dominio pensando precisamente en que si bien el momento elegido de la entrega o adquisición de la posesión material es el acertado, especialmente para los consumidores, hay un problema con la vinculación entre la entrega y la transmisión del riesgo cuando el riesgo y la propiedad pasan al comprador con la conclusión del contrato (salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el momento de transferencia del riesgo), como acontece en algunos países y se considera que en ese sentido sería necesario incluir una previsión sobre la transmisión de propiedad, especialmente interesante en casos de insolvencia²¹⁵.

Ciertamente desde la perspectiva de estos países, no basta con la elección de un criterio lógico y justo de transmisión de riesgo, en el que por otra parte hay en la doctrina moderna un consenso generalizado, sino que queda pendiente la superación del vínculo entre perfección de contrato, propiedad y riesgo en algunos derechos nacionales europeos. Sin embargo, el derecho de obligaciones en Francia, en proceso de reforma desde hace varios años, parece seguir apuntando en la misma línea que el decimonónico artículo 1138 del Code. Así, el «Project de réforme du Droit des contrats» (mayo 2009) difundido por el Ministerio de Justicia francés, mantiene el sistema de transmisión de la propiedad con la perfección del contrato, sin perjuicio de que las partes puedan diferirlo en el tiempo; y esta transmisión de la propiedad lleva consigo la de los riesgos (art. 102)²¹⁶. Por lo tanto, esta sigue siendo una cuestión pendiente.

²¹⁴ Ver HESSELINK, M.W., «How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 2012-1, pp. 195-212 [2013].

²¹⁵ Precisamente la llamada de atención procede de Francia. Es el caso del Prof. de la Universidad París «Descartes» y miembro del Grupo de Expertos de la Comisión Europea: LUC GRYNBAUM, «Performance and remedies», en SCHULZE, R. y STUYCK, J., *Towards a European Contract Law*, [n. 202] pp. 161-166 [164]: «Of course, any civil lawyer who reads the ECL will be surprised not to find out sooner when the transfer of risk occurs and to learn nothing about transfer of property. As the ECL covers the business-to-business contractual relationship, it could be necessary, in the case of insolvency procedure, to know when the property has been transferred».

Desde el punto de vista de técnica legislativa, el autor sugiere que la transmisión del riesgo se aborde antes que la conformidad e incluir además un precepto sobre la transmisión de la propiedad.

²¹⁶ Artículo 102.

«Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat.

Toutefois ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses.

Sauf convention contraire, le transfert de propriété emporte transfert des risques à celui qui en bénéficie.»

Hay fundamento para pensar a juicio de algunos autores que aunque la jurisprudencia del TJUE sobre derecho de propiedad no es aún muy amplia, sí es cierto que la influencia del derecho europeo sobre mercado interno y libertades comunitarias ha generado ya una seria presión sobre el derecho de propiedad y en este sentido puede afirmarse que ha dejado de ser un derecho puramente nacional, de competencia interna. Allí donde se cause una distorsión al funcionamiento del mercado interno y resulten afectadas las libertades de movimiento de personas, bienes, servicios y capitales, deberán adoptarse medidas y en tal sentido será posible avanzar hacia la creación de un derecho europeo de propiedad²¹⁷.

9. CONCLUSIONES

1.º La regulación del riesgo del pago del precio está presente de modo expreso en la ULIS, la CISG, en el DCFR, en las Directivas de consumo y CESL; y en todas estas referencias aparece independizada de la transferencia de dominio al comprador. Se regula la transferencia del riesgo de modo autónomo, en artículo o capítulo aparte, pero dentro del régimen de cumplimiento de las obligaciones bilaterales del contrato sinalagmático que es la compraventa, sin consideración ni al momento de transferencia de propiedad ni tampoco al modo en el que éste haya de producirse. Esto es, el riesgo del precio es resuelto en términos obligacionales y no jurídico-reales. Hay una desconexión conceptual clara en relación al momento en el que ha de producirse el traslado del riesgo y la propiedad, incluso en el DCFR esa desconexión es expresa.

2.º En estos instrumentos se vincula fundamentalmente y como regla general el traslado del riesgo a la entrega, no en el sentido de transferencia de propiedad, sino en el de adquisición de la posesión material del bien, de posesión física, de recepción del comprador del objeto de compra, especialmente si la venta es de consumo. Respecto a las ventas comerciales hay una atención complementaria a aquellos supuestos en los que existe transporte de bienes, en cuyo caso es esencial conocer quién se hace cargo del mismo, amén de otras situaciones especiales y frecuentes en los contratos comerciales, como la venta de bienes a disposición y la

²¹⁷ AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, [n. 125] pp. 244-246 y AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E., «Free Movement of Goods and Property Law», *European Law Journal*, 2011, núm. 28, pp. 1-27 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1617182>).

venta en tránsito. Hay una coincidencia de criterio basada en criterios fácticos y prácticos, de control sobre el objeto contractual.

Ello es porque al ser la entrega también un concepto jurídico (*traditio*) que admite modalidades diferentes, ficticias y equivalentes, que puede conducir a la adquisición de dominio, se trata de evitar su vinculación con la transmisión del riesgo porque ello genera más problemas que soluciones, sobre todo pensando en armonizar distintos sistemas jurídicos. De ahí que aunque efectivamente el criterio básico de todas estas normas no es otro que el de la entrega en su acepción más fáctica de transmisión de la posesión material al comprador, se acude gráficamente a términos como «adquisición de la posesión material», «posesión física» o «recepción material», que ponen de relieve la esencia del poder efectivo sobre el objeto contractual. Entrega como obligación principal del vendedor que determina el momento relevante para establecer la conformidad de los bienes y la transmisión del riesgo. Ello sin perjuicio de los casos en los que el riesgo pasa antes de que lo haga tal entrega, por ejemplo como cuando el transporte corre a cuenta del comprador.

3.º Este enfoque contractual y fáctico se inicia en la ULIS, pero se perfecciona en 1980 con la CISG cuando se opta conscientemente por un planteamiento pragmático y no dogmático, a partir de la realidad del cumplimiento del contrato mercantil internacional, que de ordinario entraña transporte. Es entonces cuando se elude conscientemente utilizar la palabra entrega que estaba en el sistema germánico.

La solución legal adoptada ha influido notablemente en el ámbito europeo. Se han superado los criterios inspirados en el Derecho natural, que surgieron en la codificación decimonónica para abandonar la máxima *periculum emptoris* en búsqueda del objetivo ínsito en el principio *casum sentit dominus*, que llevó a hacer coincidir la transmisión del riesgo con la transferencia de la propiedad y que incluso estuvo en la génesis determinante del sistema consensual francés.

4.º Por otro lado, el criterio elegido a partir de la CISG no es uno solo, válido para cualquier compraventa, sino varios, fundados en la razón objetiva y económica de saber quién de las dos partes tiene el control sobre el objeto. En el momento en el que el vendedor pierde la posesión material y/o el poder de evitar un daño sobre el mismo, entonces, se transmite el riesgo. La posibilidad de asegurar el objeto, tratándose de empresas, fundamentalmente, pero también de particulares en cuanto a seguros domésticos, es determinante.

Es por ello que a partir de la CISG no se resuelve el riesgo con la mera vinculación al momento en el que se produce la entrega del

objeto al comprador. Esta no sirve como único referente temporal. Es insuficiente en compraventas no manuales, en las que hay transporte, para hacer llegar la mercancía al comprador de acuerdo a diferentes variantes en cuanto a quién está obligado al pago, la modalidad y lugar de entrega.

5.º Aunque se ha propuesto por algún autor que desaparezca la regulación de la transmisión del riesgo, como tal, de modo que quede incluido en la obligación de entrega y la conformidad, eliminando la existencia de normas autónomas sobre esta cuestión que tenían su sentido en época romana y se habrían mantenido por inercia histórica²¹⁸, no creemos que ello sea satisfactorio. Ciertamente su ubicación más idónea debería ser lo más cercana posible a la entrega para comprender mejor la dinámica de la relación sinalagmática, pero es importante que el riesgo tenga un tratamiento específico, bajo enfoque fáctico y pragmático que es lo que permite resolver mejor las hipótesis de riesgo, sin posibles confusiones con la entrega como concepto jurídico. Además es necesario en todo caso incluir normas específicas al menos para los casos en los que el riesgo se transfiere antes que la entrega efectiva, así como para la cuestión de la identificación de los bienes y los contratos de consumo.

6.º Por último, las convenciones internacionales sobre compraventa internacional de mercaderías, ULIS y CISG, no han conseguido armonizar la cuestión de la transmisión de dominio, sin que ello haya supuesto dificultad en alcanzar un acuerdo para regular la transferencia del riesgo de pago, desconectándola del sistema de transmisión de dominio, dejando este punto a los ordenamientos nacionales.

En el caso de la Unión Europea, la de la propiedad parece una cuestión apartada, de momento, de los objetivos institucionales de armonización, sin perjuicio de estar presente en el DCFR, que opta por la *traditio* como *default rule*.

Siendo la venta un contrato traslativo de dominio no se debería obviar en un planteamiento armonizador la regulación de la transmisión de propiedad. De hecho, desde los sistemas de transmisión consensual se ve extraño que no haya una referencia explícita a este tema en el instrumento opcional CESL cuando se refiere al traslado del riesgo, sin perjuicio de que esta cuestión deba conside-

²¹⁸ LILLEHOLT, K., «Passing of Risk and the Risk of Mistification: Some Drafting issues», *European Review of Private Law*, 2011, núm. 6, pp. 921-929. Esta autora considera que en buena técnica legislativa estas normas sobre paso de riesgo no deberían existir como tal, sino dentro de la regulación de las normas sobre la entrega y conformidad. La autora hace estas afirmaciones respecto al estudio de visibilidad, pero aplicables a CESL dada su proximidad. Considera que el riesgo ha llegado a ser una palabra de culto con fuertes raíces históricas de las que los redactores no se acaban de desprender.

rarse como específicamente contractual de posible acuerdo entre las partes. Por el contrario, esa ausencia no destaca en aquellos sistemas de transferencia de dominio basados en la entrega, en los que coincidirán con frecuencia los tres elementos: entrega, adquisición de propiedad y transmisión del riesgo, haciendo realidad la máxima *casum sentit dominus*, que en definitiva forma parte de la lógica de las cosas.