

El riesgo en la compraventa. Una reflexión sobre la vigencia de la regla *periculum est emptoris* en el actual derecho de contratos

Gema Tomás Martínez
Universidad de Deusto

Se aborda en esta comunicación la cuestión del riesgo en la compraventa, esto es, las consecuencias de la pérdida o deterioro del objeto por caso fortuito o fuerza mayor después de celebrado el contrato, pero antes de que se entregue la cosa al comprador. Es un tema clásico de discusión para la romanística y la doctrina moderna, civil y mercantil. No se pretende abarcar la cuestión en toda su complejidad histórica y dogmática, tan sólo reflexionar en torno a la recepción de la regla romana *periculum est emptoris* en nuestro derecho español, a través del artículo 1.452 del Código civil y plantear su futuro en el contexto del derecho europeo de contratos.

1. LA REGLA ROMANA *PERICULUM EST EMPTORIS*¹

El derecho romano estableció como solución al problema de los riesgos en la compraventa el criterio de que a pesar de que el comprador no recibiera la cosa por haber resultado ésta destruida, perdida o dañada, si ello era debido a

1 No se pretende ser exhaustiva esta comunicación en cuanto a la relación bibliográfica, por otro lado tan abundante en el ámbito del derecho romano y del derecho moderno. Nos remitimos en este sentido a las amplias referencias bibliográficas que de derecho romano pueden encontrarse en ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, obra de referencia fundamental en este tema. Asimismo véase del mismo autor: "Periculum est emptoris y Frag. Vat.16 (Pap., 3 Resp), *Anuario de Historia del Derecho Español* (1961) t.31, pp.364-387, en relación con la tesis doctoral realizada por el mismo sobre la regla romana *periculum est emptoris*. Más modernamente puede citarse: BAUER, Martín, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998.

causa no imputable al vendedor (Inst. 3,23,3, *in fine*), no quedaba liberado de pagar el precio. El tema debió de tener un notable interés en el contexto comercial romano a la vista de la abundancia de fuentes que han llegado hasta nosotros.

Citemos aquí algunos de los pasajes en los que destaca de forma explícita la atribución del riesgo al comprador. Circunstancias en las que se comprende algunos de los hechos imputables a terceros, como la *rapina* (no el *furtum* del que responderá el vendedor por custodia) u otro acto injusto que haga imposible el cumplimiento de la prestación², así como los actos legítimos realizados por autoridades (la expropiación forzosa)³. El riesgo pasaba al comprador siempre que fuera ya posible el cumplimiento de la entrega y el precio ya estuviera determinado. Se descarta en ese sentido la venta sometida a condición suspensiva⁴,

2 Sin perjuicio de la cesión de acciones para actuar contra los terceros que hayan motivado el incumplimiento: D. 19,1, 31, pr (Nerat, 3 memb): *sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur*.

3 En sede de *locatio conductio*, se alude a la posible confiscación de un fundo antes de ser entregada la posesión del mismo, situación a pesar de la cual ha de pagarse el precio: D. 19,2,33 (Afric., 8 quaest.): [...] *nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas* [...]. Otro pasaje en sede de evicción recoge el supuesto de venta de fundos en Germania que antes de ser entregados son en parte enajenados por mandato del príncipe y en parte asignados como premio a los veteranos, situaciones calificadas como de evicción posterior al contrato, cuya responsabilidad no corresponde al vendedor y podía exigirse por tanto el precio de los predios: D. 21,2,11, pr (Paul., 6 resp.): *Lucius Titius praedia in Germania trans Renum enim et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse*.

4 Aunque exista consentimiento, si la compra se ha sometido a condición suspensiva, hay una incertidumbre que no permite la transmisión del riesgo. Algo que no se producirá hasta que no estemos ante una *emptio perfecta*. Lo que permite diferenciar a efectos de riesgo la venta que se hace bajo condición de la que no se hace con tal. Ver D.18,6,8, pr.(Paul., 33 ad ed): *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si*

así como el contrato en el que las cosas debían ser apartadas de una masa, o estaban pendientes de especificar o concretar (el vino, el aceite o la plata,... son cosas que se acostumbraba pesar, contar o medir)⁵, a no ser que se hubieran vendido por un solo precio (venta por aversión)⁶. De ahí la diferencia entre *emptio contracta* y *emptio perfecta*. Destacamos dos pasajes del Digesto que aluden directamente a la cuestión y que parecen enunciar el principio general: los riesgos son del comprador, como también le corresponden las posibles ventajas.

D. 18,6,7 pr (Paul, 5 ad Sab): *Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet.*

*exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris. No sería el mismo supuesto el de la condición resolutoria, en cuyo caso está perfecta la compra desde el inicio. Véase ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, p.284.*

- 5 D. 18, 1, 35, 5 (Gai., 10 ad ed prov): *In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensata sint. nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus, quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum. ut in singulos medios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.*
- 6 D. 18,1,62,2 (Mod, 5 reg): *Res in aversione empti, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.* Sobre el mismo tema: C. 4, 48, 2 (por referencia no sólo al vino, sino al trigo o aceite): *Imp. Alexander A. Gargilio Iuliano. Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Cum autem universum, quod in horreis erat positum venisse sine mensura et claves emptoribus traditas adlegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet. Haec omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint. P.P. k. April. Maximo II et Aeliano cons. [a.223].*

D. 43,24,11,12 (Ulp, 71 ad ed): [...] *ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat [...]*⁷

Asimismo, un texto del Código justiniano correspondiente al libro IV, título 48 (*De periculo et commodo rei venditae*)

C. 4,48,1: *Imp. Alexander A. Iuliae Secundinae. Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatur, ut causae agenda adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatur. D.k. Sept. Maximo II et Aeliano cons.*⁸

Así como otro de las Instituciones de Justiniano, tradicionalmente citado en la doctrina de los riesgos:

Ins. 3,23,3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est [...].*

⁷ La afirmación es clara en este pasaje, aunque la referencia a la cuestión sea incidental.

⁸ En el mismo título, ver las constituciones que aparecen en los fragmento 5 del mismo título: Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. Leontio: *Quum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas, si venditionem nulla conditio suspenderit, amissae rei periculum te non adstringit.* Y el fragmento 6, muy claro en su tratamiento del riesgo: Idem A.A. et C.C. (6) Cyrillo (7): *Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem, sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta, solutionem pretii emptor non recte recusat.*

La doctrina romanista ha puesto en entredicho la clasicidad de la regla *periculum est emptoris*, si bien en la actualidad no parece ser éste un tema controvertido⁹. La disparidad sigue estando presente en la búsqueda de una explicación lógica de la misma, ya que tradicionalmente se la ha considerado como una peculiaridad extraña y anómala. Se le ha calificado incluso de inelegancia jurídica.

Para algunos, el origen pudo estar en la configuración histórica del contrato de compraventa que era una venta al contado que generaba obligaciones independientes entre las partes, en el sentido de que el hecho de que el vendedor no pueda cumplir su obligación principal de entrega de la cosa por razones de las que no responde (dolo, culpa y custodia), no libera al comprador de cumplir la suya¹⁰. Como dice Zimmermann, al pasar de la venta al contado primitiva (en la cual se hace la entrega del objeto en el momento mismo de celebrar el contrato y se pasa la propiedad y el riesgo) a la posibilidad de diferir la entrega, se sigue pensando con el esquema originario. Pero no ha de pensarse que ello sea un atavismo. En realidad, se pensaba que aunque no había habido entrega de alguna manera el objeto “pertenecía”, en sentido no técnico, al comprador, había pasado a estar dentro de su esfera económica desde el contrato mismo. De ahí, por ejemplo, el deber de asumir los gastos de conservación o el derecho a los frutos y accesiones desde la conclusión del contrato. Se beneficia del contrato y por tanto, también debe asumir el riesgo de su pérdida. Incluso se encuentra en ello un equilibrio negocial en la medida en que el vendedor asume parte de la responsabilidad hasta la entrega de la cosa, que le lleva a responder incluso

9 ZIMMERMANN, [n.4] pp. 282-283, afirma que aunque la posición del derecho clásico no es fácil de decidir, considera que la opinión que prevalece en la actualidad es que la regla *periculum est emptoris* no es justinianeana sino que fue una regla clásica. Ver sobre el tema de la clasicidad el trabajo de ERNST, W., “Periculum est emptoris”, ZSS (rom. Abt), 99 (1982) pp.216 ss. Según ALONSO PÉREZ, M., “Periculum est emptoris y Vat. Frag. 16 (Pap. 3 resp.)”, *AHDE*, 31 (1961) pp.363-388, este texto demuestra que la regla romana es clásica porque es ésta una obra recibida al margen de la compilación justinianeana (p.364). Reproducimos este texto: *Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptio- nis inpletam id evenierit. Quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendedit, nullum emptoris interea periculum est* (Cfr. *FIRA*, pars altera, Florentiae, 1968, p.466).

10 Se ha defendido la idea de que la explicación de esa regla es histórica, esto es, radica en la independencia originaria de las obligaciones del vendedor y comprador (es el caso de GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ª ed., Paris, 1918, pp.556-559).

por custodia, mientras que el comprador asumiría el riesgo en el resto de los supuestos, que básicamente eran casos de *vis maior*. En este sentido, la regla está más limitada en la práctica de lo que pudiera pensarse¹¹.

Por otro lado, se ha apuntado que el principio pudiera haber estado ligado al menos en su origen a operaciones comerciales de cosas genéricas, principalmente vino¹². En relación con la venta de vino, el que estaba contenido en *dolia*, que eran grandes recipientes de vino nuevo que podían llegar a contener hasta 1.000 litros, se deterioraba con facilidad, y el riesgo normalmente pasaba al comprador en el momento de la venta. No obstante para evitarlo el comprador podía comprar el vino sujeto a comprobación (*degustatio*) y hacer depender la perfección de la venta de la esa operación, que parece que fue muy frecuente en este tipo de operaciones¹³.

11 ZIMMERMANN, [n.4] pp.290-291, quien afirma que desde este punto de vista, aun cuando es claro que la regla *periculum est emptoris* es una desviación de *res perit domino*, no puede calificarse de anomalía injusta. También ALONSO PÉREZ, [n.1] pp. 224 ss., considera que desde este punto de vista no es una regla que pueda calificarse de injusta. Ahora bien, el hecho de que Justiniano subsuma la custodia dentro de la culpa y ello altera posiblemente ese equilibrio.

12 La mayor parte de la doctrina española ha apuntado a razones de conveniencia comercial como: ARIAS RAMOS, J., “La doctrina del riesgo en la compraventa romana”, en AA.VV., *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, pp. 99-122, dice que la explicación más que histórica fue motivada por razones prácticas relacionadas con el comercio (p. 111); ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1954 (sobre el tema pp.244-275) apunta a la necesidad de evitar al vendedor comerciante los riesgos de la navegación; ALONSO PÉREZ, M., n. 1, p. 165, considera que fue sobre todo entre las cosas genéricas, principalmente el comercio de vinos dentro del Imperio, aquello sobre lo cual existía un peligro de pérdida superior a otras mercancías y es en relación a este tipo de operaciones en las que surgió la regla romana. Parece que esa idea se aplicó luego a otras mercancías. Véase un estudio general sobre las diferentes posiciones que ha adoptado la doctrina romanística en el estudio antes citado de ARIAS RAMOS.

13 Según ZIMMERMANN, [n.4] p. 285, el cierre de arcilla de los grandes recipientes (*dolia*) que guardaban vino en proceso de conservación, hechos con arcilla no prevenían la entrada de aire que daba lugar a que se agriase o enmoheciese este *vinum doliare*, a diferencia del vino que se guardaba en *amphorae*, de mejor conservación por el tipo de cierre a través de corcho. En cuanto a la *degustatio*, cita a Catón quien recomienda en las transacciones estándar un período de tres días para llevarla a cabo. Apunta ZIMMERMANN, p.286, en relación a la venta por aversión, es decir por un solo precio de una cantidad de grano, aceite, y también vino,

Cualquiera que fuera su origen, lo cierto es que aparece de forma profusa en las fuentes y no sorprende por ello que esta idea romana de atribución del riesgo quedara recogida en varias fuentes de nuestro Derecho histórico.

2. LA RECEPCIÓN DE LA REGLA ROMANA EN EL DERECHO CASTELLANO

La regla *periculum est emptoris* la podemos encontrar en el Fuero de Soria y en los dos códigos de Alfonso X, el Fuero Real y las Partidas.

- a) En cuanto al Fuero de Soria, que según Galo Sánchez pudiera situarse hacia el 1120¹⁴, interesa el fragmento 369:

Fuero de Soria, 369: Si alguno comprare casa o molino o bestia o otra cosa-dalguno o diere sennal por ella tal que es partida del precio por que la cosa fue comprada, si ardiese o cayere o se lisiare o se perdiere, el danno sea del comprador y non del vendedor, et cumpla el precio que fuere puesto sobre aquello que ante dio el comprador. Mas si el vendedor non diere al comprador la cosa al dia o al tiempo que deviere o si se perdiere por su culpa o si fizo que si se perdiessse o si se dannasse que fuelle el danno suyo, en estas tres guisas o en qual quier dellas deve seer el danno del vendedor. Mas si ela cosa vendida se aprovechare o meiorare, sea todo del comprador.

- b) El Fuero Real (o Fuero de las leyes, primero de los códigos alfonsinos), que según Galo Sánchez ya estaba redactado en 1255, es decir, a los tres años de

que en relación a este último solía venderse por precio muy barato vino normalmente ya adulterado para los esclavos Y aquí no había *degustatio* alguna y eran perfectas desde el momento en el que se celebraba. Para BENÍTEZ LÓPEZ, M.M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994 (sobre el riesgo pp. 154-170), que dedica cierta atención al origen de este principio, se encuentra en la necesidad de regular de forma equitativa las obligaciones de los contratantes en las ventas de cosas genéricas ya que con frecuencia entre la celebración del contrato y la entrega mediaba un lapso de tiempo durante el cual estaba expuesta al posible deterioro o pérdida por la propia naturaleza de la cosa. Y se habla en ese sentido de una regulación equitativa de las prestaciones porque la reciprocidad obligaba al vendedor a una responsabilidad por custodia. Sobre el *periculum* en las ventas de vino: JAKAB, E., “Periculum und Praxis. Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein”, *ZSS (rom. Abt.)*, 121 (2004) pp. 189-232.

14 Edición crítica del Fuero de Soria, en *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, edición y estudio de G. SÁNCHEZ, Madrid, 1919. p. 142.

iniciar su reinado Alfonso X¹⁵, se refiere al asunto en el libro III, título 10, ley XVIII:

Fuero Real, 3, 10, 18: Como despues que la vendida fuere fecha, el daño ó el provecho sea del comprador: Si algun home vendiere casa, ó cavallo, ó otra cosa cualquier: é si despues que la vendida fuere cumplida, la casa ardiere, ó cayere, ó el cavallo se muriere, ó otro daño cualquier le viniere ante que lo haya rescibido el comprador, el daño sea de aquel que la compró y el pro otrosí, si en alguna cosa mejoráre la cosa vendida; y esto sea si el vendedor no alongó de dar la cosa vendida, o si no se perdio por su culpa, ó si no fizo Pleyto, que si se perdiese, ó si se dañase, que el daño fuese suyo, y no del comprador: ca en estas tres cosas el vendedor debe haber el daño, é no el comprador; pero si algun pro y viniere sea del comprador¹⁶.

Realmente la doctrina de los riesgos que recoge el Fuero de Soria y el Fuero Real es romana, basada en la regla *res perit emptori*¹⁷. Así, en el Fuero de Soria atribuye el riesgo al comprador “si ardiese o cayere o se lisiare o se perdiese”. Es decir, pérdida de modo fortuito. El Fuero Real parece más completo, añade la expresión general: “otro danno qualquier le viniere ante que lo haya rescibido el comprador”. De otra parte, segun el Fuero de Soria, se atribuye al vendedor en tres hipótesis: si “non diere al comprador la cosa al dia o al tiempo que deviere o si se perdiere por su culpa o si fizo que si se perdiesse o si se dannasse que fuelle el danno suyo”. Esto es, si incurre en mora en su obligacion de entrega, o si la pérdida es imputable a su dolo o culpa. Por último, si hubiere mejora, le corresponde al comprador.

No hemos encontrado referencia al riesgo en fuentes visigodas, probablemente porque por entonces la compraventa era un contrato real. Y según Fernández Espinar fue a partir de la Baja Edad Media, a partir del siglo XII, en concreto, cuando parece que se asienta una concepción romana consensual en la que es posible diferenciar el acuerdo del momento de la entrega.

15 SÁNCHEZ, G., *Curso de Historia del Derecho*, Valladolid, 1982, pp. 77-79.

16 MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos Antiguos de España*, vol. II, Madrid, 1885, p. 127.

17 Según FERNÁNDEZ ESPINAR, R., “La compraventa en el derecho medieval español”, *AHDE* (1955) t.XXV, pp. 208-528, el Fuero Real sigue una línea de continuidad por lo general con el Derecho visigodo, pero en ocasiones se aparta de él (p. 441). Parece que en el tema de los riesgos sigue ciertamente el criterio romano (p.497) .

La doctrina que encierra el Fuero de Soria es claramente romana¹⁸.

Al respecto puede traerse a colación la controversia en torno a la influencia que pudo tener el Fuero de Soria en el Fuero Real o si bien fue al revés. Según Galo Sánchez es claro que el Fuero Real lo dio el rey como fuero municipal a diferentes localidades leonesas y castellanas, y en algunas de esas ciudades, como Soria, ya tenían su fuero municipal, en el que parece que se inspiró el Fuero Real cuyas disposiciones pasan íntegras a aquél¹⁹. Por contra, Martínez Díez, considera que la influencia pudo ser mas bien a la inversa. Es decir que Soria tuviera su propio Fuero antes de 1256, fecha en la que Alfonso X le concedió el Fuero Real y que posteriormente, en 1272, Soria volviera a su propio Fuero y que redactara un código extenso sobre sus propios privilegios y textos procedentes de su jurisprudencia, en el que aceptara selectivamente pasajes del Fuero Real que no estaban en contradicción con su Fuero²⁰. Díficil es saber qué pudo pasar en relación a esta cuestión, sólo podemos constatar por lo que respecta al tema del riesgo, la mayor complejidad y detalle del texto del Fuero Real.

18 A juicio de FERNÁNDEZ ESPINAR, “La compraventa en el derecho medieval español”, *AHDE* (1955) t.XXV, pp.208-528, no se encuentra en las fuentes medievales una formulación de una doctrina acerca de los riesgos y ello se debe fundamentalmente al carácter real que caracteriza a la compraventa en esta época (pp. 496-7). Esto es, la compraventa se caracteriza al entregar el objeto al comprador y una doctrina de los riesgos sólo es posible cuando se difiere la entrega de la cosa respecto al acuerdo de voluntades. Y tanto el Fuero de Soria como el Fuero Real parten en este punto de una doctrina romana. Añade este autor (pp. 375-377) que en la práctica es la entrega la que perfecciona el contrato, sin perjuicio de que en algunos fueros de la familia de Cuenca se camina hacia la concepción de la compraventa con efectos obligacionales. Y entre las fuentes del Fuero de Soria parece que estuvo el Fuero de Cuenca.

19 G. SÁNCHEZ, *Curso* [n.15], pp. 186-188, a su juicio, ningún fuero municipal ha ejercido en la legislación española una influencia tan grande como la del Fuero de Soria, a través del Fuero Real. Considera que los redactores del Fuero Real tuvieron presente fundamentalmente el Fuero de Soria, que constituye su núcleo, mas que otros fueros municipales. Pueden verse en esa edición de Galo Sánchez las leyes que pasan del Fuero de Soria al Real. (G.Sánchez, edición del fuero, p. 258).

20 MARTÍNEZ DÍEZ, G., “El Fuero Real y el Fuero de Soria”, *AHDE* (1969) t. 39, pp. 545-562. Ver p.545, sigue en este punto a GIBERT, “El Derecho municipal de Castilla y León”, *AHDE* (1961) t.31, p. 734.

c) En las Las Partidas, hay cinco leyes consagradas a esta cuestión. Son la 23, 24, 25, 26, 27 del Título V, Partida 5²¹. Reproducimos solamente, y en su contenido más esencial, la primera de ellas porque enuncia la regla general. Ley 23: A quien pertenesce el pro, o el daño de aquello que es vendido si se mejora, o se empeora: [...] quando la compra se faze sin escrito, aveniendose el comprador con el vendedor el uno de la cosa, e el otro del precio: dende adelante, el daño que viniesse en la cosa, es del comprador [...]. E esto seria como si oviesse comprado algund siervo: o otra cosa cualquier, e despues que la vendida fuesse complida, enfermarse, en guisa que pierda algund miembro, o se muriesse sin culpa del vendedor o si oviesse comprado alguna otra cosa, e la quemasse fueso, o se derribasse toda, o parte della o se empeorasse de otra guisa sin culpa del vendedor. E esso mismo dezimos que seria si la cosa se perdiesse, o se empeorasse en otra manera qualquier semejante destas, el daño que viene en la cosa comprada seria del comprador tan solamente. Otrosi dezimos que complida seyendo la vendida, en alguna de las maneras que de suso diximos, que la pro que despues viene a la cosa comprada, seria del comprador: maguer la cosa no fuese pasada a su poder. E esto seria como si oviesse comprado alguno campo, o viña, e despues que la vendida fuesse fecha, avenidas de rios acresciessen la cosa comprada en alguna partida de tierra en que aveniessen arboles, o otra cosa, porque se amejorasse: otrosi quando la vendida fuesse acabada, vale la cosa cien maravedis, e despues desso por mandamiento de la condicion del tiempo valiese dozientos maravedis o mas: ca quanto quier que se mejorasse la cosa, despues que la vendida sea complida en estas maneras sobredichas o en otras semejantes dellas: toda la mejoría sera del comprador. Ca guisada cosa es, que como ael pertenesce el dano segund diximos, si la cosa se perdiesse, o se empeorasse, que le pertenezca otrosi la mejoría que en ella viniere. El resto de las leyes reflejan excepciones a esta regla. La ley 24 contempla la venta de cosas genéricas en las que es necesario contar, pesar, medir o gustar (“A quien pertenesce el pro, o el daño en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar despues que fuessen vendidas”); la Ley 25: “A quien pertenesce el pro, o el daño en las cosas que se suelen contar, o pesar, o

21 MARTÍNEZ ALCUBILLA, [n.13] pp. 529-530.

medir, cuando las vende a vista si se empeoran, o si se mejoran”; la Ley 26 se dedica a la venta sometida a condición (“A quien pertenesce el pro, o el daño de las cosas que se venden so condicion si se mejoran, o se empeoran”); y por último la circunstancia de mora del vendedor que invierte la regla general, como puede verse en la Ley 27 (“A quien pertenesce el dano de la cosa vendida, quando por tardanza de la non entregar el vendedor se empeorasse”).

Sorprende que se dedique en las Partidas a este tema esta atención, aunque quizás no tanto si se tiene presente que la Partida quinta es una de las piezas mejor acabadas de este código, y que sus leyes son en resumen copia o extracto de los del Código o el Digesto²². Si en el Digesto el tema es relevante, esa intensidad la reflejan las Partidas y por ello contemplan situaciones que estaban en diferentes fuentes romanas²³.

La tradición histórica ha arrastrado durante siglos este criterio y se incorpora en los textos legales del proceso de codificación. Aparece en el Proyecto de 1851, en el art.1.374, de una manera casi idéntica a como consta en el texto aprobado de Código civil de 1889²⁴. Pero ha de advertirse que a pesar de ello, dado que este proyecto estuvo muy influenciado por el sistema francés, recoge el modo de transmisión solo *consensu*, momento desde el cual los riesgos pasan al comprador. Regla conocida como *res perit domino*²⁵. Por ello la referencia al

22 MARTÍNEZ ALCUBILLA, [n.13] p. 521, nota 1.

23 Destaca ALONSO PÉREZ, [n.1] pp. 269 ss, “su régimen legal detallado según los criterios acogidos por el *Corpus Iuris*, de suerte que ningún texto legal español desarrolló con tanta amplitud y fidelidad la regla romana”.

24 Art. 1374: “El daño o provecho de la cosa vendida, despues de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los articulos 981, 1006 y 1160.

Esta regla es aplicable a la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, o sin consideracion al peso, numero o medida.

Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, numero o medida, no se transferira el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado o medido, a no ser que se hubiese constituido en mora”. Véase GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Madrid, 1852, pp. 3633-66.

25 Art. 1.138 del Código francés y art. 1.465 del Código italiano. Regla en principio más lógica, pero que en la práctica plantea problemas porque no atañe a un *periculum obligationis* sino al *periculum rei*. Contrasta con esta regla el sistema alemán en el que se sigue la teoría de la entrega (446 BGB): hasta que no hay entrega no se transfiere el riesgo.

proyecto de García Goyena como precedente no resulta de utilidad, porque si bien el art. 1452 actual mantuvo la dicción de aquél, el hecho de que el sistema de transmisión de propiedad en el que se insertó fuera distinto, distorsiona la interpretación de su significado. Fue el Anteproyecto de 1882-1888 el que recupera el sistema romano e histórico español de transmisión de propiedad que pasará al actual Código civil²⁶.

3. RIESGO Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

El Código civil parece recoger la regla romana en el art. 1.452, pero su redacción es muy oscura, con remisiones a otros artículos que complican su lectura²⁷.

Art. 1.452: El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182.

Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.

Como puede verse, este precepto no dice claramente que el riesgo se transmita al comprador desde el mismo momento de la celebración del contrato, pero la mayor parte de la doctrina con apoyo en la tradición histórica no ha dudado en considerar que acoge el principio romano *periculum est emptoris* en el sentido de que celebrada la compraventa de cosa específica y determinada, si se ha diferido la entrega, el riesgo de daño o pérdida, así como el posible provecho, son para el comprador. Y esto no sólo tratándose de cosas concretas y determinadas sino también si estamos ante compra de cosas genéricas, que se venden por un solo precio, sin consideración a su peso, número o medida,

26 Art. 1.478 del Anteproyecto 1882-1888. Ver en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 4ª. Fuentes y Bibliografía, vol. I, Madrid, 1965, pp. 518-519.

27 Además ha de ser entendida la remisión no sólo al 1.096 y 1.182 sino que ha de ser entendida a sus complementarios (GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al art. 1.452”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M.Albaladejo, t. XIX, Edersa, Madrid, 1980, p.81).

(operaciones comerciales en las que probablemente nació la regla romana como se ha dicho más arriba). En otro caso, habría que esperar a su individualización, lo que no es otra cosa que la aplicación de la regla *genus nunquam perit*. Además, la mora en la entrega imputable al vendedor, impide desde ese momento la traslación del riesgo al comprador (art. 1452 . 3º *in fine*).²⁸

La lectura del art.1.452, hecha con una óptica histórica, ha sido muy criticada por entender que el precepto rompe con la reciprocidad propia de todo contrato sinalagmático como lo es la compraventa. Desde luego el principio *periculum emptoris* parece que está en total contradicción con los que rigen el funcionamiento de las obligaciones recíprocas.

1. En primer lugar porque si una parte no recibe su prestación, no parece que deba estar obligada a cumplir la suya ya que ha decaído o desaparecido la causa onerosa que le daba razón de ser (cfr. art. 1.274 Código civil).
2. De otro lado, este precepto es contrario a la regla general en obligaciones recíprocas contenida en el artículo 1.124 del Código. En caso de incumplimiento de una de las partes, la contraria tiene derecho a pedir la resolución. Y la norma no distingue entre tipos de incumplimiento, así que no tiene que ser necesariamente un incumplimiento culpable, podría serlo un incumplimiento objetivo por imposibilidad sobrevenida²⁹. De modo que ante el incumplimiento del vendedor de no poder entregar la cosa por pérdida o de

28 No estamos ante un precepto de derecho imperativo, es posible modificarla por pacto (art. 1.255 CC).

29 Según DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 5 ed., Madrid, 1996, pp. 655-6, en el Código civil no queda resulta la cuestión de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas. El art. 1182 dice que si la imposibilidad es fortuita, queda definitivamente extinguida la obligación, lo que significa que el deudor queda liberado de la deuda y el acreedor ve extinguido su derecho de crédito, en cambio si la relación es sinalagmática, el 1.182 no deja la cuestión resuelta, porque no explica la repercusión que esa extinción produce en la obligación recíproca. Este es el problema que la doctrina conoce con el nombre de *periculum obligationis* que usualmente se contrapone al *periculum rei*, que significa de quién es el riesgo de que la cosa se pierda. Por el contrario, *periculum obligationis*, significa esa repercusión de la imposibilidad de cumplimiento en la recíproca cuando ambas se hallan enlazadas sinalagmáticamente. pp. 704-5 y 718-9, la resolución no tiene que enlazarse necesariamente con la culpabilidad, es un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria.

entregarla deteriorada, según la regla general no podría exigir el pago del precio al comprador porque éste excepcionaría su pretensión dado que no recibe nada a cambio, tiene derecho a desligarse de la obligación que tiene a su cargo. O bien, si lo recibe deteriorado, ello le facultaría para no pagar íntegramente el precio. Desde este punto de vista, parece que el art. 1.452, entendido en clave romana entra en clara contradicción con el 1.124, o bien podría catalogarse como una excepción a la misma.

3. Ahora bien, si según esta última posibilidad entendemos que el art. 1.452 es una excepción propia de la compraventa a la regla general del art. 1.124, entonces resultan de imposible comprensión otros preceptos que regulan este contrato y que refuerzan la idea de reciprocidad. Nos referimos al art.1.502, que permite al comprador suspender el pago del precio si tiene el temor de que va a perder la cosa en virtud de una acción reivindicatoria o hipotecaria. Si este precepto le consiente paralizar el pago, ¿cómo es posible que en caso de pérdida de la cosa, el vendedor le pueda exigir el precio?³⁰. Así que todo lo dicho demuestra que la reciprocidad está muy acentuada en la compraventa y parece una pieza incómoda y de difícil encaje el artículo 1.452.

A pesar de lo dicho, la doctrina civilista ha reaccionado de forma mayoritaria aceptando la regla del art.1.452 como una excepción al art.1.124, considerando que nuestro derecho sigue la tradición romana, pero poniendo de relieve por parte de muchos civilistas que realmente no concuerda bien en nuestro sistema jurídico³¹. Sin dejar de mencionar que hay quien defiende la regla romana y el seguimiento de la misma por nuestro Código³² y por contra, en el otro extremo,

30 Además el art. 1467 correlativamente permite al vendedor no entregar la cosa, si descubre que el comprador es insolvente. Otros preceptos relevantes en ese sentido podrían ser los arts.1.504, 1.505, 1.466 y 1467.

31 Citemos entre otros muchos a Díez-Picazo, [n. 29] pp. 655-6; y BÉRGAMO LABRÉS, A., “El riesgo en el contrato de compraventa”, en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, p.167, que acepta con resignación la regla romana a pesar de que considere que rompe con la regla general en nuestro derecho de resolución de los contratos sinalagmáticos por inejecución simultánea de las prestaciones de ellos derivados.

32 No obstante, defiende la norma a pesar de su aparente falta de elegancia, ALONSO PÉREZ, [n.1] pp. 291-311, quien considera que tan inelegante podría ser esta solución como

quien se rebela contra la misma, bien restringiéndola al máximo, como Albaladejo³³, o bien negándola de la forma más rotunda, como hace Pintó Ruiz³⁴. Otros han intentado buscar su lógica a través de diferentes explicaciones. La más conocida es la tesis de Cossío formulada en los años cincuenta. Este autor entiende que el comprador sólo asume el riesgo en la medida en que se haya diferido la entrega en su propio beneficio. Por el contrario, si la dilación en la entrega se debe a concesión graciosa del comprador, en beneficio del vendedor, entonces no tiene sentido. Así que propone una lectura de la regla del art.1.452 basada en criterios de justicia más allá de lo conceptual³⁵.

Pero a mi juicio esta tesis no resuelve el problema para el caso de que estemos en estado puro ante una dilación en la entrega que se ha establecido en beneficio de los dos. En realidad el art.1.127 concibe el plazo en nuestro derecho en beneficio de ambos (“se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquéllas –las obligaciones– o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor de uno o del otro”).

la contraria. Y le parece justo proteger la situación del vendedor a crédito para quien derecho al precio es en un sentido económico un bien en su patrimonio. Además, está compensado lo que pueda perder por esa vía con el provecho (*commoda*) que también le corresponde (art.1.452.2, art.1.095, art.1.468.2); otra ventaja es que el vendedor asume la carga de la prueba (art.1.183) y además tiene el deber de custodia de la cosa con la diligencia del buen padre de familia.

33 ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t.II, vol. 2, 9 ed., Barcelona, 1994, pp.48-54, plantea que debería soportar tanto la pérdida como el deterioro el vendedor, pero dado que eso no encaja en el 1.452, sugiere una interpretación muy restrictiva, y dado que sólo se habla de “daño o provecho”, el riesgo del menoscabo lo debe soportar el comprador pero el de destrucción, el vendedor, y queda exento el comprador de pagar el precio.

34 PINTÓ RUIZ, J.J., “Resolución del contrato y la regla “*periculum est emptoris*”, *Revista Jurídica de Cataluña* (1975) pp. 693-749, alega como razones en contra de la regla romana (p.704), la idea de la causa ex art. 1.274; preceptos específicos de la compraventa como el art.1.502, art.1.504, art.1.505, art.1.466 y art.1.467. Especialmente importante es el art.1.502 que permite que el comprador suspenda el pago del precio si tiene el temor de que no va a recibir la cosa. Esto demuestra que la reciprocidad está muy acentuada en la compraventa, incluso considera que el 1.124 no exige culpabilidad, y es invocable en todos los casos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida. Además, entiende como Albaladejo, que el art.1.452 excluye la pérdida total, por tanto en tal caso se aplicaría el 1.124. (pp. 743-745).

35 COSSÍO, A., “La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas”, *Anuario de Derecho Civil* (1953) pp. 597-621. En concreto, pp. 608-9.

Hay varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirma con claridad que el sistema jurídico español responde al principio *periculum est emptoris*, pero lo cierto es que en la mayoría lo ha hecho de forma incidental y en pocas ocasiones como *ratio decidendi*. Pueden citarse las de 26 septiembre de 1927; 26 diciembre de 1942; 15 y 29 de abril de 1947; 9 de junio de 1949; 6 diciembre de 1953; 6 de octubre de 1965; 16 noviembre 1979; 21 marzo 1991 y 22 de abril de 2004. En las Audiencias Provinciales pueden citarse las siguientes: AP Sevilla de 12 de marzo de 2003, AP Asturias de 4 de diciembre de 1998³⁶ y especialmente la SAP Alicante de 26 de enero de 2001³⁷.

Por todo ello a mi entender la regla del 1.452 sin duda alguna recoge la regla romana conforme a la tradición histórica castellana. Ése fue el espíritu del legislador. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ese criterio respondía a la estructura contractual romana y a un contexto económico que nada tiene que ver con el actual. Parece complicado que pueda aplicarse con carácter general en un sistema en el que la reciprocidad es esencial a la compraventa. La jurisprudencia ha reforzado esa idea de sinalagma a lo largo del siglo XX y más aún, en los últimos años hay una tendencia a una fuerte objetivación del incumplimiento resolutorio que encuentra su raíz simplemente en la frustración del fin del contrato. Por tanto, no será necesario que el incumplimiento sea imputable al demandado, es posible que un incumplimiento objetivo, como la pérdida o deterioro de la cosa vendida y no entregada, por caso fortuito o fuerza mayor, sea causa de resolución del contrato y no sea exigible al comprador el cumplimiento de su prestación en los términos pactados.³⁸

36 Ver El Derecho 1998/36868, es interesante esta resolución porque aplica la idea de riesgo al leasing e impone al arrendatario la obligación de pagar la renta a pesar de la destrucción sin culpa por su parte de los bienes de equipo objeto de contrato. En contra de esta idea ante un supuesto similar ver SAP Madrid de 4 de noviembre de 1997, El Derecho 1997/21210.

37 El Derecho 2001/4656, se aplica el principio *periculum est emptoris* al comprador de una casa vendida pero no entregada que se inunda por la “gota fría”, tiene derecho a cobrar el seguro porque es quien sufre los desperfectos (y no el vendedor).

38 Seguimos en este punto a DÍEZ-PICAZO, [n.29], pp.719-720, para quien el fundamento de esta jurisprudencia está en el propio art. 1.124 en la medida en que basta con hacer una interpretación estricta del 1.124.2 *in fine*: “resultare imposible”...

4. EL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EN LOS PROYECTOS DE CODIFICACIÓN EUROPEA

A la vista de la dificultad de atribuir los riesgos al comprador antes de la entrega, puede resultar interesante ver cómo se ha abordado la cuestión en el nuevo contexto del derecho europeo de contratos. Como es sabido el proceso de codificación europea se está llevando a cabo desde diferentes perspectivas y en concreto son dos los proyectos más importantes, en los que se han vertido las reflexiones de algunos de los más insignes juristas europeos: el proyecto de Pavía también llamado proyecto Gandolfi y el Proyecto Lando. Ninguno tiene vigencia, sin perjuicio del respaldo institucional que supuso la Comunicación de 11 de julio de 2001 de la Comisión de la UE al Consejo y al Parlamento europeo en la que ambos fueron mencionados³⁹, pero desde el punto de vista científico es interesante conocer el esfuerzo de reflexión académica que en un futuro pueda servir de base para una unificación europea de derecho privado.

Veamos como se aborda el tema de los riesgos en ambos proyectos:

- a) El Proyecto Gandolfi ha generado el llamado Código europeo de contratos, cuyo objetivo ha sido el de elaborar un código, en el sentido tradicional de conjunto de reglas o preceptos que podrían ser de aplicación inmediata en los Tribunales, con fuerte inspiración de derecho continental⁴⁰. Nos interesa especialmente el apartado cuarto del artículo 46 (título VI, sección 1) que regula los efectos reales del contrato. Parte de la idea de que el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o constituir o transmitir un derecho real sobre esa cosa, produce efectos reales tanto entre las partes como frente a terceros desde el momento de la entrega de aquélla al adquirente, a la persona encargada por éste de recibirla o al transportista que, previo acuerdo, deba encargarse de la entrega:

39 DOCE 15 de noviembre de 2001.

40 Conocido así por quien ha sido su gran impulsor a través de la Academia de Iusprivatistas europeos con sede en dicha ciudad italiana. Se apoya sobre todo en la base codificada de Derecho continental, con un punto de referencia fundamental en el Código civil italiano de 1942, pero sin que se haya preterido el derecho anglosajón a través del llamado Code McGregor. Los idiomas de trabajo son básicamente el francés y el italiano y la versión oficial es francesa.

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.⁴¹

Se vincula el traspaso del riesgo con la entrega al comprador o a quien se encargue de recibirla. Estas ideas enlazan con lo previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada en Viena el día 11 de abril de 1980 (en vigor en España desde el día 1 de agosto de 1991). Este cuerpo de derecho mercantil, que se considera la

41 Artículo 46: 1. Salvo pacto expreso en contrario, el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o constituir o transmitir un derecho real sobre esa cosa, produce efectos reales tanto entre las partes como frente a terceros desde el momento de la entrega de aquélla al adquirente, a la persona encargada por éste de recibirla o al transportista que, previo acuerdo, deba encargarse de la entrega.

2. En el caso previsto en el apartado anterior, si quien transmite en virtud de un contrato una cosa mueble o un derecho real sobre ésta no es el propietario ni el titular, la otra parte contratante deviene propietaria de la cosa o titular del derecho según lo previsto en el contrato, desde la entrega, con tal que sea de buena fe.

3. Para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles, las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados en el momento de la adopción de este código continuarán aplicándose. En cualquier caso, para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles los efectos reales no se producen sino en el momento en que se satisfacen las formalidades de publicidad previstas en la zona donde se encuentre el bien inmueble o en la que deba ser entregado al adquirente el bien mueble inscrito.

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.

Se ha utilizado la traducción al castellano de la Parte general del Código Europeo de Contratos llevada a cabo por el equipo de investigación de la Universidad de Zaragoza dirigido por el Prof. G. García Cantero, en el marco del proyecto BJU2000-1021 del Ministerio de Educación y Ciencia. La traducción corresponde a los diferentes miembros del equipo de investigación y en concreto esta sección a Silvia GASPAS LERA (<http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos>). Fecha 24.11.2005. Ver la bibliografía citada en este trabajo sobre este proyecto.

base de la *lex mercatoria* actual y uno de los cuerpos jurídicos internacionales más importantes en el proceso de unificación jurídica, contiene un capítulo, el cuarto, dedicado a la transmisión del riesgo (arts. 66-70)⁴².

42 Su contenido es el siguiente:

Artículo 66: La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

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.

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 hacer 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.

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.

Artículo 70: Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

Contiene unas normas sobre la transmisión del riesgo en las que se ha tenido en cuenta los tipos contractuales más frecuentes en el tráfico, fruto de una intensa reflexión sobre el comercio internacional en el cual las operaciones de transporte bajo diferentes modalidades tienen una importancia esencial. La regulación que hace del riesgo se ha calificado de moderna e innovadora, y también compleja; pero puede decirse que como regla general el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor ha ejecutado los actos materiales en los que consiste la entrega. Es decir, hay una vinculación clara entre la entrega de mercaderías y la transmisión del riesgo⁴³. Se resuelven dudas que hasta ahora se habían planteado ante el confuso régimen del Código de Comercio⁴⁴.

43 Puede consultarse sobre el tema, entre otros: ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español y Derecho internacional*, Madrid, 1991; 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; HOFFMANN, B VON., "Passing of Risk in International Sales of Goods", en Peter Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods*, 1982, 265-303; 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.

44 Los términos del Código de comercio han sido de interpretación muy controvertida. Aunque parece que en principio sigue el criterio de atribuir los riesgos al vendedor en tanto no se haya producido la entrega o puesta a disposición, el régimen completo no es del todo claro. Pueden verse: MENÉNDEZ, A., "La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa", *Revista de Derecho Mercantil* (1951) vol. XI-32, pp. 227-257; GARRIGES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, III, vol.1º, Madrid, 1963, pp. 296-310; ALONSO PÉREZ, ver nota 1, pp. 414-461. Los preceptos que el Código de comercio de 1885 dedica son los siguientes:

Artículo 331: La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito.

Artículo 332: Si el comprador rehusase sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías.

- b) El Proyecto Lando, por su parte, ha generado los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL) impulsados por el profesor danés del mismo nombre. Han tomado como base fundamental el derecho anglosajón y su finalidad ha sido la de elaborar unos principios que pudieran considerarse comunes a los sistemas jurídicos continentales y del *common law*. Pero a pesar de los intentos de aglutinar los dos sistemas jurídicos, están pensados con la mentalidad jurídica de este último⁴⁵.

El mismo depósito judicial podrá constituir el vendedor siempre que el comprador demore hacerse cargo de las mercaderías.

Los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiere dado motivo para constituirlo.

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

Artículo 334: Los daños y menoscabos que sufran las mercaderías, aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en los casos siguientes:

1. Si la venta se hubiere hecho por número, peso o medida, o la cosa vendida no fuera cierta y determinada con marcas y señales que la identifiquen.
2. Si por pacto expreso o por uso del comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente.
3. Si el contrato tuviere la condición de no hacer la entrega hasta que la cosa vendida adquiera las condiciones estipuladas.

Artículo 335: Si los efectos vendidos perecieren o se deterioraren a cargo del vendedor, devolverá al comprador la parte del precio que hubiera recibido.

- 45 Es abundante la bibliografía que está generando este proceso preparatorio de codificación europea, podemos citar: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002 y la ponencia de DÍEZ-PICAZO, “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, en las XII Jornadas de Derecho catalán en Tossa, 26 i 27 de setembre de 2002, Girona Documenta Universitaria, 2003; BARRES BENNLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M. y otros, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, ed. Española, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003; DE LOS MOZOS, J.L., “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *La Ley*, núm. 5629, 9 octubre de 2002; VAQUER ALOY, A., “La vocación europea del Derecho civil”, *La Ley*, núm. 5535, 2 mayo de 2002; ARROYO I AMAYUELAS, E. Y VAQUER, ALOY, A., “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo”, *La Ley*, núm. 5482, 14 febrero de 2002. Amén de la reciente obra de LANDO, O., CLIVE, E., PRUM, A., *Principles of European Contract Law*, 2005, que contiene la última versión de estos principios.

El planteamiento del tema del riesgo no es tan directo como en el Proyecto Gandolfi, téngase en cuenta que la perspectiva con la que están redactados es anglosajona⁴⁶. Puede sernos de interés el art. 8:108, apartado 1:

Art. 8: 108: *Justificación debida a un impedimento*

(1) El incumplimiento de una de las partes es excusable si se prueba que se debió a un impedimento fuera de su control y que no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato, ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus circunstancias⁴⁷.

Como dice Díez-Picazo este precepto pone de manifiesto que el régimen de responsabilidad contractual de estos PECL es un régimen objetivo, pues, en general, los remedios se basan en el incumplimiento. El incumplimiento depende sólo de la realización o ejecución del contrato⁴⁸. Cuando hay exoneración de este tipo (8:108), no puede recurrir la parte insatisfecha a la pretensión de cumplimiento ni a la de daños. Y por lo tanto, en estos casos de imposibilidad sobrevenida, total y permanente, no imputable al deudor, la resolución se produce en los PECL de modo automático al tiempo en que se produce el impedimento, sin necesidad de declaración de voluntad del acreedor, como dice el art. 9:303, apartado 4:

Art. 9:303: (4) Si una parte se encuentra excusada de acuerdo con el artículo 8:108 a causa de un impedimento total y permanente, el contrato queda resuelto automáticamente y sin notificación desde el momento en que surja el impedimento⁴⁹.

46 DÍEZ-PICAZO, [n.45] p.128.

47 Se utiliza la traducción incorporada a la obra citada DÍEZ-PICAZO, [n.45] p. 63.

48 DÍEZ-PICAZO, [n.45], pp. 327-8, comenta que lo es, incluso, la indemnización de daños, pues la causa de exoneración del art. 8:108 no debe interpretarse bajo la idea de falta de culpabilidad.

49 DÍEZ-PICAZO, [n.45], p. 67, añade además (p. 365) que ha de tenerse en cuenta el artículo 9:503: Previsibilidad: La parte incumplidora solamente es responsable de las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como un resultado probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente (traducción de este artículo cfr. p. 70).

5. DETERIORO Y RIESGO EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD

Lo dicho para los supuestos de impedimento total de cumplimiento debe completarse con una reflexión sobre el supuesto en que el objeto no se pierde sino que sólo se deteriora. Cuestión ligada con el tema de los vicios ocultos, si bien éstos se caracterizan porque ya estaban en el objeto antes del contrato mismo pero no fueron percibidos por el comprador, mientras que el deterioro que atañe a la doctrina del riesgo se produce por definición después de celebrado el contrato y antes de la entrega.

Varias directivas comunitarias que se han ido incorporando a los diferentes derechos nacionales están cambiando el panorama del tradicional derecho de contratos en defensa de una de las partes, el comprador-consumidor, que es considerado la parte más débil de la relación contractual⁵⁰. Respecto al tema que nos ocupa, resulta de interés la Ley 23/2003, de 10 julio, de garantías en la venta de bienes de consumo⁵¹, que tiene por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre este tema⁵². La directiva establece un conjunto de medidas tendentes a garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior en todos los Estados miembros. Para ello introduce el principio de conformidad de los bienes con el contrato, aplicable a los supuestos de contratos de compraventa de bienes de consumo⁵³. Principio que ya era derecho

50 Conforme a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios consumidores son los destinatarios finales de un producto o servicio.

51 BOE 11 de julio de 2003. A los efectos de esta Ley son vendedores las personas físicas o jurídicas que en el marco de su actividad profesional venden bienes de consumo. Se consideran aquí bienes de consumo los bienes muebles corporales destinados al consumo privado.

52 Directiva 1999/44/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 Consumo. Diario Oficial n° L 171 de 07/07/1999 pp. 0012–0016.

53 El art. 2 de la Directiva sobre Conformidad con el contrato en su apartado primero dice: “El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa” y que así aparece explicado en el considerando séptimo de dicha Directiva del

interno a través del Convenio de Viena y que ha recogido la ley española en su artículo 1:

“El vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa en los términos establecidos en esta Ley”⁵⁴.

Y el artículo 4 establece la responsabilidad del vendedor ante “cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega”:

Art. 4: Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor:

El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. En los términos de esta Ley se reconoce al consumidor el derecho a la reparación del bien, a su sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato.

modo siguiente: “Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales; que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales; que en determinadas tradiciones jurídicas nacionales puede no ser posible basarse sólo en ese principio para garantizar un nivel mínimo de protección del consumidor; que, en particular, con arreglo a las citadas tradiciones jurídicas puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor y que, en la medida en que esos derechos se deriven de la presente Directiva, no sean vinculantes para el consumidor”. Y también interesa el Considerando noveno: “Considerando que el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato; que ésta es la solución tradicional consagrada en las ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; que, no obstante, el vendedor debe poder, conforme a la legislación nacional, entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho; que la presente Directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario; que la legislación nacional deberá determinar las normas que regulan contra quién podrá actuar el vendedor y las modalidades de dicha acción”.

54 Sobre el principio de conformidad: FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.

La nueva ley dice expresamente que ya no son aplicables respecto a estos contratos las acciones edilicias por vicios ocultos⁵⁵, pero del riesgo del art. 1.452 no dice nada. Y en principio no nos debe extrañar dado que como antes se ha dicho hay una clásica diferenciación entre la cuestión de los vicios ocultos y la del riesgo de daño o deterioro que es posterior al contrato y anterior a la entrega.

Pero en mi opinión ambos temas no están tan alejados uno de otro en cuanto que el consumidor es un comprador protegido y en ningún caso, conforme al principio de conformidad, tiene que aceptar un objeto deteriorado o defectuoso, bien se haya producido este defecto o daño antes o bien se haya acontecido después del contrato. En muchas ocasiones no habrá posibilidad de saberlo.

El nuevo régimen tan sólo establece el derecho del comprador a que se le entregue un bien conforme a lo adquirido, sin que se precise el momento en el que ese bien ha dejado de ser conforme, antes o después de celebrarse el contrato. Algo que parece lógico en una economía de masas, en el que el sistema de operaciones comerciales es complejo y el vendedor no siempre puede tener un control real sobre los objetos que vende. Este principio de conformidad va más allá de los vicios ocultos y engloba a éstos. Toda pérdida o deterioro implica hablar de incumplimiento.

En este sentido no parece que encaje bien la idea de que el riesgo de daño o deterioro por caso fortuito pueda imponérsele al comprador y obligarle a cumplir con su obligación de pago del precio en supuestos en los que se demore la entrega por causa ajena a su voluntad y a la del vendedor. A mi modo de ver, en estas compras ya no rige la regla romana *periculum est emptoris* a estos efectos. Y aunque el art. 1.452 no es mencionado por esta ley, es razonable pensar que no tiene mucho sentido en las ventas de bienes de consumo y que respecto a estas compras ya no sería aplicable⁵⁶. Queda fuera de esta ley la venta de muebles que no son ventas de consumo.

55 Disposición adicional. Incompatibilidad de acciones: El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

56 Algún autor ya ha propuesto que, de acuerdo con ese principio de conformidad, no tiene sentido hablar de riesgo en el sentido del artículo 1.452 y se ha postulado su eliminación en una futura pero necesaria reelaboración de la normativa en esta cuestión. Ver opinión de

6. CONCLUSIONES

- 1º. Nuestro derecho histórico recibió la idea romana de traspasar el riesgo al comprador antes de la entrega y el Código civil la recoge en el art. 1452. No está formulada claramente, pero con una interpretación histórica no parecen quedar dudas de que responde al aforismo romano *periculum est emptoris*.
- 2º. Su encaje en la sistemática del Código no es fácil y cada vez lo es menos dado que la jurisprudencia actual sostiene con más claridad que en el caso de que en un contrato bilateral, y la compraventa lo es, una de las prestaciones principales resulte imposible, no podrá exigir a la otra la prestación que le incumbía. La resolución es independiente de la culpabilidad del incumplimiento. La imposibilidad sobrevenida faculta para la resolución del contrato. La regulación que hace el Código de este contrato refuerza el carácter sinalagmático. Por otro lado, permitir al vendedor que pudiera exigir el precio a pesar de que no va a cumplir lo que le incumbe, quiebra además la idea de causa onerosa, tal y como es entendida en nuestro Derecho.
- 3º. En el ámbito del derecho europeo de contratos se apunta a esta manera de entender la dinámica de las obligaciones recíprocas y sólo el momento de la entrega al comprador (o a quien reciba el objeto en su nombre) desplaza el riesgo o el *periculum obligationis*, en consonancia con lo ya establecido en el Convenio de Viena de 1980.

MORALES MORENO, A.M., “La adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. Garantía en venta de bienes de consumo”, Ponencia presentada en las XII Jornadas de Dret Català a Tossa: “La reforma de los Códigos civiles en un contexto de aproximación europea”, 26-27 septiembre 2002, Girona, *Documenta Universitaria*, 2003, pp. 109-149. Propone este autor la supresión del 1.452, “que debería ser suprimido para que el riesgo quede distribuido a través de la regla general de la resolución. Si exigimos que la cosa sea conforme en el momento de su entrega (sea cual fuere la modalidad que ésta adopte) la pérdida o deterioro anterior a ese momento, aún tratándose de una venta específica, provocará un incumplimiento, que permite la resolución; o la rebaja del precio, que también implica atribuir al vendedor el riesgo del deterioro de la cosa”. Además comenta que a pesar de que la Directiva dice que el principio de conformidad es común a todos los sistemas jurídicos europeos pero no es cierto, porque en los Derechos continentales el régimen de saneamiento por vicios ocultos no coincide con el principio de conformidad; ofrece menor protección al comprador, sin embargo el hecho de que la Convención de Viena haya sido ratificada por la casi totalidad de los países europeos permite a la UE hacer esa afirmación.

4º. En las ventas de consumo, en las que hay un número de objetos idénticos a los que un comprador adquiere en un determinado momento, lo importante es su derecho a que se le entregue lo que ha adquirido y en perfecto estado, protegiéndole frente a deterioros previos al contrato o posteriores al mismo, conforme con la normativa sobre garantía en ventas de bienes de consumo. El principio de conformidad al que se deben ajustar estas operaciones comerciales hace muy difusa la transmisión de riesgo al comprador antes de la entrega.

Todo ello conduce a pensar que en los últimos años es progresivamente más evidente el alejamiento de nuestro derecho de la regla romana *periculum est emptoris*.

