

Los riesgos en el contrato de compraventa: propuestas

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

Doctor en Derecho

Profesor Ayudante Específico de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN:

1. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL:
 - A) *La doctrina tradicional y su evolución posterior.*
 - B) *Apunte de Derecho Comparado. La experiencia del Common Law y la doctrina de la frustration.*
2. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO COMO INCUMPLIMIENTO EN EL MARCO DEL TÍTULO V, LIBRO SEGUNDO, TRLGDCU'07, Y EL RÉGIMEN DE RIESGOS POR PÉRDIDA O MENOSCABO FORTUITO EN LA COMPRAVENTA DEL CÓDIGO CIVIL. ESTADO DOCTRINAL.
3. APUNTES DE DERECHO COMPARADO:
 - A) *Derecho alemán.*
 - B) *Derecho británico.*
 - C) *Derecho francés.*
 - D) *Derecho italiano.*
4. COMPONENTES LÓGICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. VISIÓN GENERAL.
5. COMPONENTES LÓGICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. APROXIMACIÓN CONCRETA:
 - A) *Incumplimiento e imputabilidad subjetiva.*
 - B) *Previsibilidad al tiempo de formación del contrato.*
 - C) *Evitabilidad del hecho en fase de ejecución del contrato.*

D) *Sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato.*

6. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA DEL CÓDIGO CIVIL, Y LA VENTA DE PRODUCTOS CON CONSUMIDORES.
7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA VENTA DE PRODUCTOS A CONSUMIDORES.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Título V del Libro segundo del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (desde aquí, TRLGDCU'07), que comprende los artículos 114 a 127, regula el régimen de responsabilidad del empresario por las faltas de conformidad con el contrato de los *productos* (cfr. art. 6 TRLGDCU'07) que, en el marco de su actividad empresarial o profesional, transmite, *fundamentalmente (aunque no exclusivamente; cfr. art. 115.1 TRLGDCU'07) mediante compraventa*, a aquellos que adquieren al margen de una actividad empresarial o profesional (cfr. arts. 2 y 3 TRLGDCU'07).

Esta regulación supone el cumplimiento de los deberes transpositivos impuestos por la *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en un primer momento transpuesta por la ya derogada (y refundida en el texto de 2007) *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*.

La aprobación en su momento de la Ley 23/2003, y su posterior refundición junto con otras leyes en el actual Texto Refundido de 2007, ha supuesto para el Derecho Privado español, y en el limitado ámbito de aplicación del Título V del Libro segundo del citado Texto Refundido, la adopción de unos modelos de responsabilidad contractual que en gran medida rompen con los esquemas tradicionales en la materia heredados del Derecho Romano, e incorporan elementos procedentes de la tradición jurídica del llamado *Common Law*, cuya operatividad se pone de manifiesto en el que quizá sea el texto internacional más importante del Derecho de Contratos: la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980 (desde aquí, CV'80). En efecto, la Directiva 1999/44/CE, al configurar su conjunto de normas que significan su «Derecho mínimo» ha tomado como modelo el régimen de responsabilidad contractual por faltas de conformidad en las mercaderías previsto en la CV'80. Los países en los que esta Convención es Derecho vigente responden a tradi-

ciones jurídicas muy distintas, hasta el punto que los autores la han calificado de «feliz fusión» de esquemas procedentes del *Common Law* y del Derecho continental¹. Era por tanto razonable que el legislador comunitario, al dictar esta norma, tomara la Convención de Viena como modelo. De esta forma, la doctrina que se ha creado en torno al régimen de responsabilidad del vendedor por faltas de conformidad en la Convención de Viena supone una herramienta muy valiosa para comprender las soluciones adoptadas por la Directiva de 1999, y a su través, por nuestro legislador.

La influencia de tales esquemas de responsabilidad contractual está llamada a extenderse, no sólo a regímenes contractuales particulares, sino también a la hipotética construcción de regímenes generales de Derecho de Obligaciones tanto a nivel europeo como a nivel nacional. A nivel europeo, trabajos como los PECL, el DCFR, y los trabajos realizados por el Grupo de estudio sobre un Código Civil europeo (Principios *Acquis* y PELS) dan buena cuenta de lo anterior. Y a nivel nacional, lo mismo puede afirmarse de los trabajos elaborados en el seno de la Comisión General de Codificación, tanto en la sección de Derecho Civil² como en la Sección de Derecho Mercantil³: estos trabajos suponen una modernización de aspectos esenciales del Derecho de obligaciones, inspirándose de forma expresa en la Convención de Viena, los PECL y los Principios UNIDROIT.

El relativamente limitado ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad contractual por faltas de conformidad del producto con el contrato previsto en los artículos 114 y sigs. TRLGDCU'07⁴, y los límites de la idea de falta de conformidad con el contrato como *tipo* de incumplimiento contractual⁵, lleva a concluir que el ingreso en el Derecho español de los esquemas de responsabilidad apuntados se ha producido sólo para una pequeña parcela del tráfico jurídico, y

¹ Díez-PICAZO, L. (2003), «Reforma de los Códigos y Derecho europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fasc. IV, octubre-diciembre de 2003, 1565.

² Véase la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa* (BIMJ núm. 1988, págs. 108 y sigs.), y la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (BIMJ, año LXIII, enero de 2009).

³ Véase la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad* (BIMJ, núm. 2006, págs. 203 y sigs.), y la más reciente *Propuesta de Código Mercantil* (2013).

⁴ El análisis de esta cuestión exigiría un estudio particular. Valga tener en cuenta que queda fuera de su ámbito de aplicación toda transmisión que no sea de empresario a consumidor, así como todo el tráfico inmobiliario.

⁵ El concepto de «falta de conformidad con el contrato» exigiría también un estudio particular. Baste, a estos solos efectos, tener en cuenta que el concepto de «falta de conformidad» no engloba todos los posibles incumplimientos en que puede incurrir el vendedor. Concretamente quedan fuera de este concepto, y por tanto deberán regirse por sus normas generales los incumplimientos derivados de la entrega de la cosa en un lugar o en un momento distinto del pactado, los supuestos que entran en el marco del saneamiento por evicción, y los supuestos de falta absoluta de entrega.

sólo para determinadas hipótesis dentro de ella. Esto, en mi opinión, supone un problema de evolución normativa «a dos velocidades»: por un lado, nos encontramos con la general del Código Civil respecto de la que se señala la necesidad de su actualización; y por otro lado, la de protección de los consumidores, a través de la que han ingresado en el Derecho español modelos más modernos y, con toda seguridad, más prácticos. Esto produce descoordinación normativa, dando la sensación de que estamos ante un Ordenamiento demasiado «compartimentado». Afecta, naturalmente, al ámbito de aplicación de las *soluciones* adoptadas, lo cual de por sí puede estar justificado cuando se trata de contratos de empresarios con consumidores; pero lo que es negativo es que los *modelos* y la *lógica* de las regulaciones sean tan distintas que incluso pueda decirse que pertenecen a tradiciones jurídicas diferentes. En otras palabras: el régimen de responsabilidad del vendedor en el marco de la compraventa regulada en el Código Civil responde a unos principios y lógica distintos de aquellos por los que responde el vendedor-empresario por falta de conformidad con el contrato cuando el que compra actúa como consumidor.

Esta diferencia se pone especialmente de manifiesto en un aspecto fundamental en el régimen del contrato de compraventa: *el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos de la prestación*. El objeto del presente trabajo es ahondar en esta cuestión en el régimen de responsabilidad del Título V, Libro segundo del Texto Refundido de 2007. Y ello desde dos frentes:

- a) Por un lado, desde la conexión del incumplimiento que supone la falta de conformidad con el contrato y el régimen de remedios específicamente previstos en favor del consumidor para tal caso. Los artículos 114 y 118 TRLGDCU'07 suponen en esta sede el punto de arranque. Dispone el primero de ellos que «el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». Por su parte, el artículo 118 prevé que «el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título».
- b) Y por otro, y en buena parte como consecuencia de las conclusiones que se extraigan en el análisis del punto anterior, desde la virtualidad que deba reconocerse a las acciones indemnizatorias como mecanismo de protección del derecho de crédito del consumidor. El punto de arranque en esta sede lo conforma el segundo párrafo del artículo 117 del TRLGDCU'07: «en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL

A) *La doctrina tradicional, y su evolución posterior*

Tradicionalmente entre nuestros autores se ha entendido que sólo cabe hablar propiamente de un *incumplimiento* cuando le es imputable al deudor por culpa o negligencia la lesión del derecho de crédito derivado de la inobservancia de la prestación. Consiguientemente, si el deudor no pudo realizar la prestación por causas que no le fueron imputables por culpa o negligencia, entonces no existe *incumplimiento*, y por tanto no cabrían las consecuencias propias de éste, marcadamente la resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil. Este supuesto, en el que la falta de prestación no es imputable al deudor, es el campo propio de la institución de los «riesgos», que aunque carece de una regulación específica como tal, los autores no han encontrado problemas en ubicar su disciplina general en los artículos 1182 y siguientes del Código Civil. En concreto, y en lo que aquí interesa, dispone el artículo 1182 del Código Civil que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiera o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora».

Los problemas surgen cuando pretenden trasladarse estos esquemas a las relaciones obligatorias sinalagmáticas, ya que, como ha señalado MORALES MORENO con cita a DÍEZ-PICAZO, cuando el Código Civil regula estos aspectos el modelo seguido «no es el de la obligación sinalagmática (sin duda el más frecuente hoy), sino el de la unilateral»⁶. La consecuencia de esta aprehensión del problema, trasladado a las relaciones jurídicas bilaterales, es que la resolución de la relación obligatoria sólo es posible cuando el no cumplimiento de la prestación solutoria prevista en el contrato *es imputable a culpa o negligencia del deudor*⁷. Esta perspectiva, heredada de nuestra tradición jurídica⁸, ha ejercido y ejerce una influencia evidente.

⁶ MORALES MORENO, A. M. (2006), *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Madrid, Civitas, 24.

⁷ Para una explicación sintética del problema, ver LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Artículo 1452» (1991), en C. PAZ-ARES; L. DÍEZ-PICAZO; R. BERCOVITZ; P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, 896.

⁸ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M. (1871-1872), *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, Cárlos Bailly-Buillere, 229-230. Tras la publicación del Código Civil, ver ULZURRUN Y ORUE, C. D. (1893), *Tratado legal de las obligaciones y contratos ó exposición de los principios*

En cierto modo la regulación del Código Civil da pie a concluir en este sentido, marcadamente el artículo 1124 del Código Civil, que al prever las opciones «resolución» y «cumplimiento» para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, prevé la exigibilidad del resarcimiento de daños *para cualquiera de los anteriores casos*, con lo que puede decirse que el artículo 1124 está suponiendo un incumplimiento, al menos, *culpable*, pues de otro modo, la vía indemnizatoria no quedaría abierta para *cualquiera* de los anteriores casos. Por su parte, el artículo 1101 del Código Civil al prever que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla», también parece estar suponiendo un incumplimiento, como poco, culpable. No habría más que pensar que, en sí mismos, el dolo, culpa o negligencia no son fuente de responsabilidad, y sólo pueden funcionar como elementos de imputabilidad que permitan conectar el daño al incumplimiento, y éste con el deudor incumplidor; en otras palabras: el daño resarcible deber ser imputable objetivamente a la «contravención de la obligación» a que se refiere este artículo 1101 (responsabilidad contractual), y esta contravención de la obligación, a su vez, subjetivamente imputable al deudor por culpa o negligencia. A esto podría añadirse que si en el artículo 1101 del Código Civil contravenir en cualquier modo al tenor de la obligación en sí mismo ya fuese generador de responsabilidad, las referencias separadas al dolo, negligencia o morosidad serían superfluas⁹.

Sin embargo, ya desde el primer tercio del siglo pasado empezó a abrirse paso una concepción objetiva del incumplimiento resolutorio con fundamento en el carácter sinalagmático del contrato, y que fue la antesala de una relectura del artículo 1105 del Código Civil en términos distintos de los tradicionales criterios culpabilísticos, esencial para una revisión acabada y en sí coherente del sistema general de responsabilidad contractual del Código Civil. Esto ha supuesto, lógicamente, una nueva delimitación del campo de juego de los regímenes de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. Como ha señalado Díez-PiCAZO, «[p]ericulum rei significa de quién es

del Código Civil español sobre ellos con referencias al Proyecto de Código de 1851 y los precedentes del Derecho antiguo, Valencia, Pascual Aguilar, 279.

⁹ Sería, además, una lectura avalada por su antecedente, el artículo 1011 del Proyecto de Código Civil de 1851. Dispone este artículo del Proyecto que «quedan sujetos a la indemnización de perjuicios, y abono de intereses los contrayentes: 1.º por dolo. 2.º por negligencia. 3.º por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo. 4.º por morosidad en el cumplimiento de la obligación». Comenta GARCÍA GOYENA al respecto que «los números 3 y 4 envuelven por lo menos culpa» (GARCÍA GOYENA, Florencio, 1852. Tomo III, 48). Entre nuestra doctrina más reciente, BADOSA COLL, al comentar el artículo 1101 del Código Civil, apunta que «los «fundamentos de responsabilidad», dolo o culpa, son la «causa» de la «infracción obligacional», mora o contravención del tenor, y ésta a su vez es la «causa» de los daños» (BADOSA, art. 1101, 1991, 35). En coherencia con lo anterior, la ejecución forzosa como acción del acreedor ante el incumplimiento habrá de fundarse, conforme a esta tesis, en criterios culpabilísticos (BADOSA COLL, Ferrán, art. 1096, 1991, 24).

el riesgo de que la cosa se pierda. En principio, será aquel a quien pertenecía. *Periculum obligationis* es la pregunta por la repercusión de la imposibilidad del cumplimiento de una obligación en la obligación recíproca cuando ambas se encuentran enlazadas sinalagmáticamente»¹⁰.

El hecho de que el Código Civil discipline la parte general del Derecho de Obligaciones considerando de manera individualizada las obligaciones nacientes de las fuentes previstas (cfr. art. 1089 del CC), y por tanto con abstracción de que una determinada obligación surja en el marco de una relación jurídica unilateral o bilateral¹¹, supone partir de un sistema muy *rígido* en lo referente a la construcción de un hipotético régimen general de las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Buena prueba de este enfoque es que la resolución de las obligaciones por incumplimiento se articula sobre una *condición resolutoria implícita* en cada una de las obligaciones, por separado, de una relación jurídica bilateral (art. 1124 del CC)¹². Este enfoque puede hacer perder en un caso dado la perspectiva del carácter sinalagmático de una *relación jurídica* dada, con los evidentes problemas prácticos que ello puede conllevar. No habría más que pensar que, teóricamente, y sobre la base de todo lo que se ha dicho hasta aquí, si en una relación jurídica sinalagmática una de las prestaciones deviene imposible por causa no imputable al deudor, la otra prestación, siendo posible, debiera cumplirse¹³. Esta consecuencia no ha pasado inadvertida ni en nuestra jurisprudencia ni en nuestra doctrina¹⁴, y en este punto, los que podríamos llamar «primeros pasos» en la evolución de este aspecto, han estado marcados, como no podía ser de otro modo, por la forma en que el Código Civil regula la consecuencia resolutoria ante el incumplimiento —*condición resolutoria*—¹⁵.

En el plano doctrinal es importante recordar, como se ha adelantado, que ya en el primer tercio del siglo XX se afirmó que la sinalagmaticidad no sólo debe tenerse

¹⁰ Díez-PICAZO, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson-Civitas, 695.

¹¹ Con esto no quiere decirse que el Código Civil no distinga en absoluto en el sentido que acaba de apuntarse. No ya sólo al regular los contratos en particular (por ejemplo, art. 638), sino también en disposiciones generales, como por ejemplo los artículos 1120 ó 1289 del Código Civil.

¹² Véase ULZURRUN Y ORUE, C. D., *ob. cit.*, 54.

¹³ En este punto se hace patente la herencia recibida del Derecho Civil anterior al Código. Ver en GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *ob. cit.*, 229-230. También ULZURRUN Y ORUE, *ob. cit.*, 87.

¹⁴ Ni siquiera pasó inadvertida en nuestra doctrina que podríamos llamar «clásica». Se transcribe a continuación, por ilustrativo, el siguiente fragmento de GÓMEZ DE LA SERNA, al explicar la doctrina del riesgo en la compraventa romana: «[p]uede decirse: el comprador se ha obligado á pagar el precio con la condicion de tener la cosa, y aun más: la cosa es la verdadera causa de su obligaciom [sic]; faltando, pues, la causa de la obligacion, la obligacion debe ser nula. (...) pero que no es así —extraído de GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1869), *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, Imprenta de A. Peñuelas, Tomo II, 287—. Veremos cómo la evolución actual es cabalmente en la dirección contraria.

¹⁵ En la Jurisprudencia es conocido el caso resuelto en la STS de 25-IX-1946, recogida en Díez-PICAZO, L. (1979), *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 536-538.

en cuenta en el condicionamiento recíproco de las prestaciones en sí mismas, sino también en el devenir de la *entera* relación jurídica. En esta línea, CASTÁN TOBEÑAS, en la edición de 1927 de su *Derecho Civil español, común y foral*, no trata la cuestión de forma expresa en la parte de «obligaciones y contratos en general», sino que es al hilo de la exposición de las obligaciones del vendedor, y en concreto al tratar del supuesto de la pérdida de la cosa a entregar por causa no imputable al vendedor, cuando apunta que «[l]a solución racional a este problema, llamado de los riesgos, es imputar estos al vendedor, pues es lógico que, tratándose de un contrato bilateral, cuando un caso fortuito hace imposible el cumplimiento de la obligación de una de las partes, se extinga la obligación recíproca de la otra (...)»¹⁶. Por su parte, en el año 1933, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER concluyeron que «el carácter de recíprocas atribuido a dos obligaciones distintas no significa sino el mutuo condicionamiento de una por la otra, de tal suerte que cada una de ellas no tiene razón jurídica de existir sin la otra, como lo corrobora también el concepto legal de la causa de los contratos onerosos»¹⁷. Simultáneamente, sobre la base de lo expuesto por ENNECCERUS («[p]or regla general, el acreedor se libera también de su obligación de realizar la contraprestación (...) y, si ya la ha hecho, puede repetirla en concepto de enriquecimiento injusto» (ENNECCERUS, 1933, 243)), concluyen que eso mismo es trasladable a nuestro Derecho, y ello «podría apoyarse en el artículo 1124 y en los principios sobre enriquecimiento sin causa» (ENNECCERUS, 1933, 247); sin embargo, exceptúan de esta doctrina el supuesto de la compraventa¹⁸. Finalmente, en este punto debe hacerse referencia a un trabajo de PINTÓ RUIZ, publicado a lo largo de finales de 1953 y principios de 1954¹⁹, en el que se concluye de forma similar a como hemos visto lo hacían los anteriores autores, pero dando una especial relevancia a la causa sin-lagmática. Sobre la base de que la finalidad de la consecuencia resolutoria prevista en el artículo 1124 es «[a]segurar la verdadera reciprocidad, guardar el equilibrio, evitar que nadie preste y deje de recibir contraprestación» (PINTÓ, 1953, 293), que

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1927), *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, Madrid, Reus, 1927, 328-329. Sin embargo, en relación con el caso concreto de la compraventa, concluye que, «a pesar de ello, el Derecho romano y las legislaciones que en él han tomado inspiración atribuyen los riesgos al comprador» [*op. cit.*, 329].

¹⁷ ENNECCERUS, L. (1933), *Derecho de Obligaciones*, undécima revisión por Heinrich LEHMANN. Segundo tomo, primera parte. En ENNECCERUS, L.; KIPP, T., WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Barcelona, Bosch, 243.

¹⁸ *Loc. cit.* Téngase presente que CASTÁN TOBEÑAS, en la edición de 1939 de su *Derecho Civil español, común y foral* y al tratar los temas generales del Derecho de Obligaciones aceptará la tesis de PÉREZ GONZÁLEZ y de ALGUER, y consecuentemente acepta la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil y la entrada en juego de la doctrina del enriquecimiento sin causa, entendiendo que el carácter de recíprocas de las obligaciones significa el mutuo condicionamiento entre ellas. Y añade: «Mas esta doctrina ha de entenderse sin perjuicio de los preceptos especiales que regulan determinadas obligaciones, y especialmente las relativas a la compraventa» [CASTÁN TOBEÑAS, J. (1939), *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, vol. I, Madrid, Reus, 46].

¹⁹ PINTÓ RUIZ, José J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto de 1953, 291-303; septiembre-octubre de 1953, 424-446; enero-febrero de 1954, 25-45.

dicha consecuencia resolutoria debe permitirse cuando se produce un incumplimiento objetivamente considerado, que debiendo reunir una serie de requisitos, no tienen necesariamente que ser imputable a dolo o culpa del deudor, ya que lo único que importa es que la sinalagmaticidad se haya roto, en relación con lo cual el juicio de culpabilidad es irrelevante. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, en definitiva, hace desaparecer la *causa* sinalagmática de la relación jurídica, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 del Código Civil²⁰.

La idea consistente en dejar abierta la facultad resolutoria *ex* artículo 1124 del Código Civil al margen de que el incumplimiento sea subjetivamente imputable a dolo o culpa del deudor, se va a entender *conveniente* por un amplio sector doctrinal, si bien no sobre la base de argumentar que el contrato incumplido carezca de causa.

En esta línea de evolución posterior, Díez-PICAZO, en un estudio más detallado de la Jurisprudencia, al explicar en qué consiste el requisito del «hecho obstativo que impide el cumplimiento de un modo absoluto, definitivo e irreformable», concluye que «según nuestra jurisprudencia, la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina la resolución del contrato, con independencia de cuál haya podido ser la participación o la responsabilidad del demandado en tal imposibilidad. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque sea fortuita, es un justo motivo de resolución»²¹. Ello, como consecuencia de que la facultad resolutoria debe entenderse, más que como una sanción del incumplimiento, como «una medida de protección del interés del contratante cumplidor»²², y por tanto, despojada de connotaciones valorativas respecto de la conducta del deudor. En sentido muy similar, ALBALADEJO concluyó, en la primera edición de su *Derecho Civil*, que «por ningún sitio dice ese artículo 1124 que para usar de él deba tratarse de un incumplimiento imputable al deudor. De modo que no se ve la razón por la que quien (...) no recibe la prestación de la otra parte, no pueda pedir la resolución, aunque no haya culpa ninguna de esa otra parte»²³. Por último, también MONTÉS

²⁰ Ver también, del mismo autor, «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*. Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II, 1976, 570-573.

²¹ Díez-PICAZO, L. (1970), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 851.

²² *Op. cit.*, 844. Más adelante, al tratar sobre los riesgos en la compraventa, y al abordar la posible interpretación del artículo 1452 del Código Civil en coherencia con lo que se acaba de apuntar, propone distinguir la pérdida total de la cosa del menoscabo de la misma: en el primer caso cabría ejercicio de la facultad resolutoria, mientras que en el segundo sería aplicable la regla *periculum est emptoris* [ver, especialmente, *op. cit.*, pág. 855].

²³ ALBALADEJO, M. (1970), «Derecho Civil, II», en *Derecho de Obligaciones. Parte general*. Barcelona, Bosch, 69. Como apunte complementario, debe indicarse que en la *Parte especial* de esta misma obra, también en la primera edición (1972), al tratar del riesgo en la compraventa explica cuál es la doctrina tradicional sobre el particular, así como los argumentos que tradicionalmente se emplean en su defensa. Pero a continuación, apunta como otra posible lectura alternativa de la materia de los riesgos en la compraventa civil, la de aproximarla al artículo 1124 y con ello a la *facultad* resolutoria del comprador en caso de pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa antes de la entrega. En opinión de este autor, los artículos 1096, 1182 y 1452 del Código Civil, «deja[n] sin resolver la cuestión del riesgo en el sentido en el que esta expresión se usa en las obligaciones bilaterales, es decir, si el riesgo

PENADÉS, comentado el artículo 1124 del Código Civil y después de apuntar que la facultad resolutoria que allí se contiene no se basa en un juicio de reprobabilidad de la conducta del deudor (siendo en cambio tal juicio necesario para la reclamación de daños)²⁴, concluye a lo que aquí interesa que «la perspectiva de una resolución únicamente viable cuando se produzca un incumplimiento imputable y grave, no es adecuada para la comprensión del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124» (MONTÉS, 1989, 1232), y que «el artículo se limita a decir que corresponde la resolución frente a la parte que «no cumpliere», lo cual, por sí mismo, no implica un juicio de culpabilidad» (MONTÉS, 1989, 1235).

Junto a la anterior doctrina, se perfiló también una similar en cuanto a la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil aun en los casos de incumplimiento no imputable al deudor, pero difiere en la repercusión *causal* de ese incumplimiento, y concibe la resolución *no como una facultad* del acreedor que lo sufre, sino como una *consecuencia natural y necesaria* de la ruptura de la sinalmaticidad. Así, ESPÍN CÁNOVAS concluiría que «[e]n el contrato bilateral, la interdependencia de las obligaciones recíprocas impone un trato equivalente de ambas partes, como se reconoce en la regla del cumplimiento simultáneo (...). La justicia contractual exige también la liberación de ambas partes simultáneamente en caso de imposibilidad para una de cumplir su prestación sin culpa alguna»²⁵. Y más adelante concluye que salvo que exista previsión distinta, «deberá darse acogida a la liberación simultánea de ambas partes por efecto del perecimiento fortuito de la cosa que haya de entregar una de ellas» (ESPÍN, 1978, 428). Conviene apuntar que, a diferencia de DÍEZ-PICAZO, ESPÍN al estudiar los riesgos en la compraventa no distingue el supuesto de destrucción del supuesto de menoscabo, y en este punto sigue la doctrina tradicional *periculum est emptoris*.

Por último, y como una posición que intenta coordinar, por un lado, la doctrina tradicional que exigía un incumplimiento culpable para aplicar la consecuencia resolutoria prevista en el artículo 1124, y por otro lo injusto de que una parte tenga que seguir obligada frente a la otra, aun cuando esta última no puede cumplir, LACRUZ afirmó que, partiendo de que en las relaciones obligatorias sinalmáticas cada una de las obligaciones «vive si vive la otra, y cuando la otra se extingue sin haberse cumplido, la una pierde su razón de vivir y se extingue también», añade que «cuando el deudor no cumple porque las circunstancias se lo impidan sin culpa suya (...) el artículo 1124 no tiene aplicación». Y concluye: «[e]llo no obsta a que, fallando una de las prestaciones recíprocas, el deudor de la otra, en principio,

lo soporta el comprador (porque, a pesar de la destrucción de la cosa, y, consiguientemente, de su derecho a ella, sigue obligado a pagar el precio), o si lo soporta el vendedor (porque al destruirse la cosa, pierde [insistimos de nuevo, mediante la resolución de la venta, que el comprador solicite] su derecho al precio). Y al dejarla sin resolver, no hay sino acudir a la regla general de que la extinción de una obligación recíproca por imposibilidad no culpable del deudor acarrea (mediante la tan repetida petición de resolución del acreedor) la extinción de su contraobligación» —ver en ALBALADEJO, M. (1972), *Derecho de Obligaciones. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 43-44—.

²⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L. (1989), «Artículo 1124», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1.º *Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*, Madrid, EDESA, 1185.

²⁵ ESPÍN, D. (1978), «Manual de Derecho Civil español», vol. III. *Obligaciones y Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 426.

quede liberado de cumplir y pueda reclamar la restitución de lo ya entregado por él; pero ahora, simplemente como una aplicación del artículo 1274 del Código Civil, y con independencia de la sanción prevista en el artículo 1124 que, por su propio concepto, sólo es de aplicación al contratante culpable»²⁶.

Como se ve, las distintas posiciones ofrecen matices también diferentes. Pero lo que interesa extraer en este momento es que todas ellas tienen el mérito de fundamentar la consecuencia resolutoria ante el incumplimiento, no en cada una de las obligaciones sinalagmáticas, sino como una consecuencia necesaria del modo en que surgió la relación jurídica: no es que en un negocio sinalagmático existan tantas condiciones resolutorias implícitas como obligaciones principales hay, sino que la facultad resolutoria está impresa en el origen y razón de ser del modo de obligarse. Esta forma de concebir la facultad resolutoria, como consecuencia del entrelazado obligatorio en el origen de *las obligaciones* (causa de los *contratos* onerosos —cfr. art. 1274 del CC—), supone concebir la entera relación como un «todo», en el que el contrato no es sólo la fuente de las obligaciones, sino de una total relación jurídica.

Por otro lado, como se ha señalado más arriba, la relectura del artículo 1105 del Código Civil en términos distintos a los culpabilísticos ha sido complemento fundamental de lo anterior. Como ha señalado Díez-PICAZO con cita a BADOSA COLL, «no puede pasar inadvertido que el Código hable de «sucesos», con lo cual está haciendo referencia a que los hechos determinantes del impedimento de prestación han debido romper la relación de causalidad existente entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados al acreedor (...). Naturalmente, el marco o ámbito de control del deudor guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes, pero resta la idea del *carácter extraño y normalmente insuperable*»²⁷ (la cursiva es mía), en relación con las cuales no puede hablarse en principio de imputabilidad. En este ámbito es en el que un teórico sistema de riesgos sigue teniendo virtualidad.

B) *Apunte de Derecho Comparado. La experiencia del Common Law y la doctrina de la frustration*

La construcción de un sistema de responsabilidad contractual leído en clave culpabilística, y la conclusión conforme a la cual la imposibilidad por caso fortuito de una prestación no conduce a la resolución como vía de protección del acreedor en las relaciones sinalagmáticas, ¿era una consecuencia «necesaria» de

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984), *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, 655-657.

²⁷ Díez-PICAZO, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», *ob. cit.*, 727.

nuestra tradición jurídica romana? Sin duda, era la construcción más probable. Sin embargo, el desarrollo histórico de la figura de la frustración del negocio en la tradición jurídica del *Common Law*, que tal y como se construyó jurisprudencialmente hunde sus raíces en el Derecho romano, refleja cómo elementos que nuestra tradición empleó para entender que imposibilitada una prestación no por ello la otra deviene inexigible, en otras tradiciones jurídicas (y paradójicamente desde las mismas pretendidas bases), un implícito y más desarrollado concepto de «sinalagma funcional» condujo a soluciones totalmente distintas.

Históricamente, el derecho de obligaciones anglosajón se ha caracterizado por basarse en la idea de *strict liability*, que en lo esencial se traduce en que el deudor de una prestación responde frente al acreedor si no puede ejecutar dicha prestación, al margen de la causa de ese incumplimiento, esto es, aunque el incumplimiento haya provenido de un suceso imprevisible, extraño e irresistible. Sólo el juego de la autonomía de la voluntad podía desplazar esta regla de *strict liability*, atribuyendo el riesgo de la falta de cumplimiento a la otra parte explícita o implícitamente (esto último deducible por lo general del precio acordado). Sin embargo, este desplazamiento del riesgo se asentaba necesariamente en un juicio de previsibilidad *ex ante*, ante cuya consideración las partes podían negociar los términos contractuales (desplazamiento del riesgo). ¿Qué sucedía con los incumplimientos que provinieran de circunstancias imprevisibles? Como imprevisibles, no podían ser consideradas en fase de negociación, y sin embargo se entendía que no era justo hacer al deudor responsable del incumplimiento en estas hipótesis. Por ello, a mediados del siglo XIX la jurisprudencia británica definió la doctrina de la *frustration*, asentada en la idea de una *condición implícita* (*implied condition*). La doctrina de forma unánime está de acuerdo en situar el origen de esta doctrina en la sentencia al caso *Taylor v Caldwell*, del año 1863, de la que fue ponente el juez BLACKBURN. Se trataba de un caso de arrendamiento, en el que el arrendador se obligaba a ceder la utilización de unos terrenos al arrendatario, en el que este último proyectaba realizar unos conciertos musicales. Sin embargo, antes de que llegase el primero de los días para la realización del primero de los conciertos (de un total de cinco), se produjo un incendio en la propiedad del arrendador que imposibilitó el cumplimiento del arrendamiento. Fue hecho probado que el incendio se produjo sin culpa alguna del arrendador. Puesto que las partes no acordaron una distribución del riesgo por incumplimiento que desplazara el principio antes apuntado de responsabilidad estricta del deudor (*strict liability*), en principio el arrendador debería haber sido declarado responsable del incumplimiento. Sin embargo no fue así. El juez BLACKBURN concluyó que «in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an *implied condition* that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor» (la cursiva es mía). En el caso se exoneró al

arrendador de responsabilidad, y al arrendatario de su obligación del pago de la renta. El motivo es que el contrato debía entenderse anulado.

La base que empleó el juez BLACKBURN para concluir en este sentido se asentaba, curiosamente, en argumentos procedentes del Derecho Romano que en nuestra tradición sin embargo llevaron a unas conclusiones distintas. En la mencionada sentencia al caso *Taylor v Caldwell*, BLACKBURN se apoya en el Derecho Romano y en la doctrina de POTHIER²⁸, y concretamente en D. 45.1.23 y 45.1.33. Precisamente, D. 45.1.23 se cita por GARCÍA GOYENA como fundamento del artículo 1160 del Proyecto de Código Civil de 1851 (GARCÍA GOYENA, 1852, III, 173), a su vez antecedente directo del actual artículo 1182 del Código Civil, en el que ha tenido tradicionalmente entre nosotros su base la doctrina contraria: siendo una prestación aún posible, ésta no se extingue y debe cumplirse, aunque la recíproca se haya extinguido por imposibilidad; visto desde otro ángulo: la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas sólo operaría cuando el incumplimiento se deba a culpa del deudor²⁹. De este modo, *mientras que la condición (resolutoria) implícita en el origen de la doctrina de la frustration anglosajona se articuló para supuestos de imposibilidad no imputables al deudor, la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas para el caso de incumplimiento estaba originariamente entre nosotros orientada sólo hacia el supuesto de cumplimiento culpable*³⁰.

²⁸ Ello se produce, como el mismo juez reconoce, «[a]lthough the civil Law is not of itself authority in an English Court». Sin embargo, añade, «it afford great assistance in investigating the principles on which the law is grounded».

²⁹ Cfr. artículo 1042 del Proyecto de Código de 1851; artículo 1124 del Código Civil. Sin embargo, ver el comentario al artículo 1182 del Código Civil en MANRESA y NAVARRO, J. M. (1907), *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, especialmente págs. 341-342.

³⁰ Téngase presente que la idea de *ausencia de culpa/falta (without default)* se emplea, en la sentencia al caso *Taylor v Caldwell* en un sentido equivalente a *fuerza mayor* para hacer entrar en juego el pretendido *implied condition* origen de la doctrina de la *frustration*. En la época de la sentencia, BLACKBURN ya había escrito su obra *A treatise on the effect of the contract of sale*. En ella, BLACKBURN presta especial atención a la doctrina de POTHIER, a lo que ahora interesa, en materia de extinción de las obligaciones por pérdida sobrevenida de la cosa debida. Lo cierto es que, en la traducción que BLACKBURN realiza de la obra de POTHIER, *Del contrato de compraventa*, emplea indistintamente las expresiones *without fault* y *accident*. Ello es especialmente claro cuando trata de la distinción de la pérdida de la cosa para el *dueño* y para el *acreedor*. Ver, en concreto, página 182 de la edición de Filadelfia del año 1887, realizada sobre la segunda edición inglesa de Lord BLACKBURN (1887). *A treatise on the effect of the contract of sale on the legal rights of property and possession in goods, wares, and merchandise*. Philadelphia: The Blackstone Publishing company). Que el empleo de la expresión *without fault* en la sentencia *Taylor v Caldwell* sea intercambiable con la idea de *accidente* resulta, por tanto, bastante probable. Más aún cuando BLACKBURN afirma que *la misma razón (the same implication)* hay para exonerar del cumplimiento al vendedor que no puede entregar las cosas vendidas por perecimiento *without fault*, que al deudor de una prestación personalísima cuando éste fallece, o al deudor de la realización de un cuadro que, antes de ejecutarlo, queda ciego.

La doctrina de la *frustration* así construida sobre la idea de una condición implícita fue acogida también en el ámbito norteamericano unos años más tarde, en concreto en el caso *Ellis v Atlantic Mutual Insurance Company* (U.S. Supreme Court, 1883). En el caso se discutía si el propietario de un barco, con el que el demandante había contratado el transporte de un cargamento de algodón, debía responder por incumplimiento cuando antes de la ejecución del transporte el barco sufrió un incendio que hacía su reparación descartable. El juez Blatchford argumentó en esta sentencia, con cita entre otros al caso *Taylor v Caldwell* que «where the stipulations of a contract are interdependent, a defendant cannot be sued for the nonperformance of stipulations on his part which were dependent on conditions which the plaintiff has not performed. The ship owner was entitled to freight only for carrying the cargo and delivering it at Liverpool, with the implied covenant that this particular vessel was to take it on board and enter on the voyage. Before that event occurred, this vessel was substantially put out of existence by no fault of the shipper, and he had and could have no benefit from the contract. He had a right, therefore, to treat the contract as rescinded so far as any liability for freight was concerned».

Aunque posteriormente la tesis de la *condición implícita* en el sentido visto ha sido abandonada (tanto en el ámbito británico como en el norteamericano), sin duda tuvo el mérito de iniciar las bases de la construcción de los límites de la responsabilidad contractual, e indirectamente así de la doctrina del riesgo y de la *frustration*. En el ámbito británico, actualmente, siguiendo a BEATSON, BURROWS y CARTWRIGHT, la base de la doctrina de la *frustration* hay que encontrarla en si el hecho que impide el cumplimiento del contrato en sus términos, supone un cambio radical en la obligación («radical change in the obligation»), y, además, se produce sin culpa de las partes y para el cual el contrato no ha previsto qué hacer³¹. Concretamente, como el juez Simon puso de manifiesto en el caso *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd*, del año 1981, «frustration of a contract takes place when there supervens an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes

De la doctrina británica de principios del siglo XX puede extraerse la misma idea. Así, CARTER, cuando para explicar el supuesto de *discharge of the contract* por imposibilidad sobrevenida se refiere al caso *Taylor v Caldwell*, se refiere literalmente a un supuesto de *accidental fire* [CARTER, A. T. (1902), *Elements of the law of contract*. London: Sweet and Maxwell, 100], aun cuando en la sentencia sólo se afirma que el incendio que imposibilitó la ejecución del arrendamiento fue *without fault* del deudor.

³¹ BEATSON, J.; BURROWS, A., CARTWRIGHT, J. (2010), *Anson's Law of contract*. Oxford: University Press, 487-488. Ver también TREITEL, G. (2004), *Frustration and force majeure*. London: Thomson - Sweet & Maxwell, pág. 55 y sigs.

Para una descripción del proceso de evolución de esta doctrina en el *Common Law*, véase el trabajo de GREGORIO, Michele DE, «Impossible performance of excused performance?» *Common misake and frustration alter Great Peace Shipping. The King's College Law Journal*, 69, 2005, especialmente págs. 72 a 78.

the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance». A efectos prácticos, esto se traduce en que se ha alterado un hecho cuya asunción puede considerarse básica para la ejecución del contrato³². Esta última es la línea que de forma expresa se ha seguido también en el ámbito norteamericano. Muestra de ello es la sentencia al caso *The Opera Company of Boston, Inc. v Wolf Trap Foundation for the Performing Arts* (United States - Court of Appeals, Fourth Circuit, 4-V-1987), que trató de un caso en que se tuvo que suspender un concierto programado al aire libre, debido a una tormenta eléctrica que hacía peligroso su desarrollo. El vigente § 2-615 del *Uniform Commercial Code* es reflejo de esta doctrina³³, y el § 2-267 del *Restatement of the Law second-Contracts 2d* es un buen ejemplo de la idea de sinalagma funcional al margen de la imputabilidad del incumplimiento, sobre la base de una condición de reciprocidad.

El actual fundamento de la *frustration* permite ampliar su funcionalidad, a lo que aquí interesa, más allá de la pérdida total del objeto del contrato: la pérdida *parcial* de los bienes, o un deterioro de los mismos lo suficientemente grave, puede implicar igualmente un «cambio radical» de lo que las partes se habían propuesto con el contrato. De este modo, tanto la *pérdida* como el *deterioro* entrarían dentro del radio de la doctrina de la *frustration*³⁴.

³² Ver TREITEL, G. H. (2011), *The Law of Contract*. Londres: Sweet & Maxwell, 984. En la misma línea, en relación al Derecho irlandés, McDERMOTT, P. A. (2001), *Contract Law*. Irlanda: Butterworth, 1006. En relación concretamente a la *frustration* en el marco del contrato de compraventa, ver BRIDGE, M. (2010), «Risk and frustration», en BRIDGE, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods*. Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell, 320.

Gráficamente, se ha afirmado que desde el origen de esta doctrina hasta la actualidad, se ha pasado de una idea de *strict impossibility* a una noción de *diluted impossibility* (GREGORIO, 2005, 88).

³³ Ver especialmente, en este sentido, asentado sobre la idea de «basic assumption», el apartado 3 del comentario elaborado por The American Law Institute al § 2-615 UCC, así como la nota introductoria al capítulo 11 en *Restatement of the Law Second. Contracts 2d*. Vol. 2, §§ 178-315. *As Adopted and Promulgated by the American Law Institute*. St. Paul, Minn: American Law Institute Publishers, 1981, especialmente págs. 310-311. En la doctrina, véase CALAMARI, J. D., PERILLO, J. M. (1998), *The Law of Contracts*. St. Paul: West Group, especialmente págs. 534 y sigs.

³⁴ Véase TREITEL, G. H., «Frustration and Force Majeure», *op. cit.*, 75. En la misma línea, pero en el estudio concreto del contrato de compraventa, debiendo entender comprendido en la secc. 7 SGA'79 estos casos, GULLIFER, L. (2000), «Frustration and mistake», en McKENDRICK, E. (ed.), *Sale of Goods*. Londres - Hong Kong, 135.

2. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO COMO INCUMPLIMIENTO EN EL MARCO DEL TÍTULO V, LIBRO SEGUNDO, TRLGDCU'07, Y EL RÉGIMEN DE RIESGOS POR PÉRDIDA O MENOSCABO FORTUITO EN LA COMPRAVENTA DEL CÓDIGO CIVIL. ESTADO DOCTRINAL

Como ya se ha señalado, dispone el artículo 114 TRLGDUC'07 que «el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». Por su parte, el segundo párrafo del artículo 117 del mismo Texto dispone que, «en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». ¿Supone ello desplazar la vigencia del sistema de riesgos en la compraventa previsto en el Código Civil conforme al que *res perit emptori*, en el ámbito del Título V, Libro II TRLGDCU'07? La duda se plantea desde el momento en que tanto en el sistema diseñado en la Directiva 1999/44/CE como en el del Texto Refundido de 2007 —y antes en la LGVBC'03—, el vendedor tiene la obligación de entregar una cosa que sea conforme con lo debido, desplazando en este ámbito la vigencia del artículo 1468-1.º del Código Civil, conforme al cual «el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato».

La Directiva dispone en su artículo 2.1 que «el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa». Complementando esta disposición, el artículo 3.1 prevé que «el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien».

El propio texto comunitario sin embargo parece asumir que esto no es determinante para la modificación del sistema de distribución de riesgos en la compraventa en los Estados miembros. El considerando 14 es expresivo de ello³⁵. No obstante doctrinalmente, y antes de la Directiva 2011/83/UE, se había afirmado que *de hecho* se producirá esa modificación³⁶.

El panorama es similar en lo que respecta a nuestra Legislación: se prevé la obligación del vendedor de entregar al consumidor una cosa que sea conforme con el contrato (art. 114 TRLGDCU'07), previendo la correlativa responsabilidad del vendedor ante «cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto» (art. 114, último inciso). Aunque el TRLGDCU'07

³⁵ «Considerando que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos».

³⁶ Por todos, KRÜMMEL, T., D'SA, R. (2001), «Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonised European Union consumer protection», en *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, junio, 318-319.

no prevé disposición alguna que resuelva expresamente la relación de este nuevo sistema de responsabilidad con el sistema de riesgos en la compraventa previsto en el del Código Civil por pérdida o menoscabo fortuito de la cosa —tampoco lo preveía la LGVBC'03—, la doctrina casi unánimemente se ha mostrado partidaria del *desplazamiento* de este sistema de riesgos en el estudio de la entonces LGVBC'03: esto es, el vendedor no cumple sólo con entregar la cosa tal y como estuviese *al tiempo de perfeccionarse el contrato*, sino que la misma debe ser conforme a lo debido *en el momento de la entrega*. Es la tesis que ha mantenido principalmente, por todos, MORALES MORENO³⁷. También en esta línea ORTI VALLEJO, REYES LÓPEZ, MERCEDES VÉRGEZ, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, SÁNCHEZ CALERO y AVILÉS GARCÍA³⁸. Estudiando el problema desde el TRLGCU'07, en la misma línea, MARÍN LÓPEZ y MARTÍN ARESTI³⁹.

³⁷ MORALES MORENO, A. M. (2004), «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en LETE ACHIRICA, J., *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*. Universidade de Santiago de Compostela, 46-47. Véase también, MORALES MORENO, A. M. (2003), «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1628-1629.

³⁸ ORTI VALLEJO, A. (2003), «La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A. M., PANTALEÓN PRIETO, F., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, 2003, 2765. REYES LÓPEZ, M. J. (2003), «La idea de conformidad en el Ordenamiento Jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE», en PALAO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M. J. (coords.), *Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Aranzadi, 2003, 335. VÉRGEZ, M. (2004), *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 45-46 y 75. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D. (2005), «Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 72-73. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2006), «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)», en AGUIRRE ZAMORANO, P. J. (dir.), *La compraventa: Ley de Garantías*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, XI. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial-Cuadernos de Derecho Judicial, 69. AVILÉS GARCÍA, J. (2006), *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada, Comares, 318.

³⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 114» (2010), en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Navarra, Aranzadi - Thomson Reuters, 2009, 1413-1414. MARTÍN ARESTI, P. (2010), *Las garantías de los productos de consumo*, Navarra, Aranzadi - Thomson Reuters, 55.

3. APUNTES DE DERECHO COMPARADO

Si comprobamos cuál ha sido el impacto que la transposición de la Directiva 1999/44/CE ha supuesto en esta materia en otros países comunitarios, la conclusión a la que se llega es que el traspaso del riesgo se produce hacia el comprador-consumidor desde el momento de la entrega, no antes.

Algunas Legislaciones han tratado de forma expresa la disciplina del traspaso del riesgo al hilo de la transposición de la Directiva, como ocurre en el caso alemán y en el británico. En estos casos, los problemas interpretativos quedan eliminados. En cambio, en otros sistemas, como hemos visto que ocurre en el nuestro, o en el italiano, la conclusión viene por vía interpretativa.

A) *Derecho alemán*

Dispone el actual § 446 BGB que con la entrega de la cosa vendida se transmite al comprador el riesgo de pérdida o menoscabo fortuito de las cosas⁴⁰. De manera correlativa se añade que a partir del momento de la entrega pertenecen al comprador los frutos y soportará las cargas de la cosa.

La reforma del BGB de 2002 ha supuesto adoptar una dimensión objetiva del incumplimiento, en la que los remedios propios del mismo quedan al margen de la culpabilidad o imputabilidad al deudor de la causa del incumplimiento, aun en los casos en que tal incumplimiento sea causado porque la prestación devenga imposible⁴¹.

Para los supuestos de pérdida o imposibilidad, el § 275 BGB, en su nueva redacción, prevé la extinción de las obligaciones cuando devengan objetiva o subjetivamente imposibles, y con independencia de que la imposibilidad sea originaria o sobrevenida, o sea imputable o no al deudor⁴². La razón es que esa obligación, como imposible, se entiende *ipso iure* extinguida; simultáneamente la obligación correlativa queda también *ipso iure* extinguida por imperativo del nuevo § 326 BGB. Con estas premisas, parece coherente que cuando se produzca un incumplimiento contractual objetivamente considerado distinto de la imposibilidad de la prestación, las consecuencias aparejadas al incumplimiento no

⁴⁰ Traducción extraída de LAMARCA MARQUÈS, A. (dir. de la traducción), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil alemán*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008.

⁴¹ Ver MAJO, A. DI (2004), «La nuova disciplina della risoluzione del contratto (*Rücktritt*)», en CIAN, G. (coord.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM, 118.

⁴² CANARIS, C. W. (2005), «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuovo diritto delle *leistungsstörungen*», en *Revista di Diritto Civile*, gennaio-febbraio, traduzione italiana a cargo de Giovanni de Cristofaro, 21.

dependan de que el deudor tenga que responder o no del hecho que constituye la causa del incumplimiento, al margen de la responsabilidad por vía indemnizatoria si tal imputabilidad existe, de manera que, como ha expuesto CANARIS respecto a la resolución por incumplimiento, tal resolución no es una «sanción» al deudor, sino un corolario del principio de equivalencia entre prestación y contraprestación que se corresponde en una relación causa-consecuencia, de que el deudor debe soportar el riesgo de la pérdida de la contraprestación siempre que la prestación a la que él está sujeto no pueda ser exigida por estar obstaculizada por un impedimento (CANARIS, 2005, 21). En todos los casos en que existe un incumplimiento objetivamente considerado, distinto de la imposibilidad, la resolución no opera *ipso iure*, sino que es un *derecho* para el acreedor⁴³.

B) Derecho británico

La regla general en materia de riesgo por pérdida o menoscabo fortuito para el Derecho británico en sede de compraventa, es que dicho riesgo lo soportará el comprador desde el momento en que se convierta en propietario de la cosa (secc. 20 SGA'79). Por su parte, la transmisión del dominio en el Derecho británico no requiere la entrega de la cosa, sino que exista la intención de transmitir el dominio (cfr. seccs. 17 y 18 SAG'79).

Aunque esta regla de transmisión del riesgo, tal y como tradicionalmente ha sido formulada en la regulación típica de la compraventa, ha sido siempre una regla dispositiva⁴⁴, lo cierto es que su mantenimiento era incompatible con el respeto al Derecho mínimo impuesto por la Directiva 1999/44/CE, y ya antes algún autor había señalado que una regla así era *anómala* en el tráfico con consumidores⁴⁵. Por ello el Legislador británico de 2002 añade un apartado 4 a la secc. 20 SGA'79 del siguiente tenor: «In a case where the buyer deals as consumer (...) the goods remain at the seller's risk until they are delivered to the consumer». De esta forma en la regulación de la compraventa rigen dos reglas de transmisión del riesgo, en función de si el comprador actúa o no como consumidor: en el primer caso la transmisión del riesgo se producirá con la entrega de la cosa; en el segundo, seguirá vigente la regla tradicional de transmisión del riesgo con el dominio (*res perit domino*), salvo acuerdo en contrario.

⁴³ Ver CANNARIS, C. W. (2004), «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuovo diritto delle *leistungsstörungen*», en CIAN, G. (coord.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM, 42-43.

⁴⁴ Cfr. secc. 20.1 SGA de 1893 y la secc. 20.1 SGA'79 actual.

⁴⁵ Así lo manifestó DAVIES, I. (1996), *Sale and Supply of Goods*. London, FT Law and Tax, 175.

Esto no quiere decir que en el marco de la compraventa con consumidores, al preverse que la transmisión del riesgo se produce con la entrega y no antes, el dominio también se transmite al consumidor con la entrega. Aun en el tráfico de bienes con consumidores, la transmisión del dominio seguirá la regla general aplicable a cualquier compraventa. Sin embargo, el *riesgo* lo soportará el consumidor desde la entrega, no antes, aunque ya hubiese sido propietario en un momento previo *ex seccs.* 17 y 18 SGA'79 y aunque ya hubiese pagado el precio⁴⁶. O lo que es igual: en el tráfico con consumidores, la presunción de que el riesgo se transfiere de forma unitaria con la propiedad ya no tiene aplicación⁴⁷.

Parte de la doctrina ya se había mostrado partidaria de vincular la transmisión del riesgo con la entrega de la cosa, no sólo en el marco del tráfico de bienes con consumidores⁴⁸.

Para las ventas que implican el transporte de los bienes por parte del vendedor, el reparto del riesgo viene disciplinado por la secc. 33 SGA'79, según la cual, en los casos en que el vendedor de bienes acuerda entregarlos *a su propio riesgo* en un lugar distinto de aquel en que fueron vendidos, sin embargo, y salvo que se haya pactado otra cosa, *el comprador* soportará cualquier riesgo de deterioro en los bienes *necesariamente relacionado con el desarrollo del transporte*⁴⁹. Se ha afirmado que esta disposición es también aplicable aun cuando el comprador actúe como consumidor, de modo que el consumidor habría de soportar cualquier riesgo referido al deterioro de los bienes *necesariamente relacionado* con el transporte (BRIDGE, 2010, 314-315), aun cuando la entrega al consumidor se producirá, obviamente, en un momento posterior.

Aun cuando a primera vista pudiera afirmarse que una disposición como la anterior no respeta el derecho mínimo impuesto por la Directiva, lo cierto es que merece ser adecuadamente interpretada. Ello gira en torno a la expresión «necesariamente relacionado con el desarrollo del transporte» («...*necessarily incident to the course of transit*»). Se han señalado como supuestos que entrarían en esta previsión, por ejemplo, la compra de frutas que deben ser transportadas: por razones obvias, no puede esperarse que a su recepción los productos sigan manteniéndose tan frescos como cuando fueron enviados. La idea de deterioro

⁴⁶ Por todos, TREITEL, G. (2004), «Frustration and force majeure», *op. cit.*, 80-81.

⁴⁷ BRIDGE, M. (2010), «Risk and frustration», en BRIDGE, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods*, Londres, Thomson Reuters - Sweet & Maxwell, 309. Ya antes, también HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C. (2005), «Molto rumore per nulla? L'attuazione della Direttiva 99/44/CE nell'ordinamento inglese», en ALESSI, R. (coord.), *La vendita di beni di consumo*. Milán, Giuffrè, 269.

⁴⁸ Véase, por todos, GULLIFER, L. (2000), «Risk», en MCKENDRICK, E. (ed.), *Sale of goods*. Londres - Hong kong: LLP, 112 y sigs.

⁴⁹ *Secc. 33. Risk where goods are delivered at distant place.* «Where the seller of goods agrees to deliver them *at his own risk* at a place other than that where they are when sold, the buyer must nevertheless (unless otherwise agreed) *take any risk* of deterioration in the goods *necessarily incident to the course of transit*» (las cursivas son mías).

necesariamente relacionado con el transporte debe ser interpretado de forma restrictiva, y desde luego no releva al vendedor de cualquier obligación en relación al adecuado embalaje y demás cuidados en orden a la adecuada conservación de los bienes que serán transportados. El vendedor el riesgo de lo que puede llamarse «deterioro extraordinario» debido a un accidente, mientras que el riesgo de lo que podría llamarse «deterioro necesario», entendido esto como el deterioro que los bienes objeto del contrato «deben sufrir necesariamente por el hecho del tránsito», los soportará el comprador⁵⁰. Por otra parte, se ha afirmado que hoy día es difícil imaginar un ejemplo de aplicación de la secc. 33 en el sentido analizado (GULLIFER, 2009, 166).

Una visión completa de la disciplina de la transmisión del riesgo en la compraventa británica, debe tener en cuenta lo previsto en la secc. 7 SGA'79 (que proviene de la anterior secc. 7 SGA de 1893). Dicha secc. 7 SGA'79 dispone que si hay un acuerdo para vender bienes específicos y posteriormente los bienes perecen sin culpa del vendedor antes de que el riesgo se haya transmitido al comprador, el acuerdo de venta deja de tener efecto. La doctrina británica es unánime al considerar que esta secc. 7 SGA'79 es un reconocimiento estatutario en sede de compraventa de la doctrina general de la *frustration of the contract*, para el caso concreto de perecimiento sobrevenido de los bienes objeto de la prestación de entrega (BRIDGE, 2010, 178).

La coordinación de esta doctrina, tal y como se recoge en la secc. 7, con la disciplina del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito no es sencilla. Valga ahora tener en cuenta que los autores entienden que, en el tráfico con consumidores, la previsión de la secc. 20.4 SGA'79 introducida tras la modificación de 2002, desplaza la doctrina de la frustración del contrato⁵¹, y en particular la secc. 7, de manera que si la cosa perece o se menoscaba accidentalmente antes de la entrega, el vendedor seguirá respondiendo por ello ante el consumidor en los términos de las seccs. 48A a 48F SGA'79, sin que pueda entenderse que el contrato queda sin efecto al amparo de la secc. 7 (TREITEL, 2004, 81).

⁵⁰ GREWAL, S. S. (1991), «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act». *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 14, 115-116.

⁵¹ Esto es acorde con la idea, general en la doctrina, conforme a la cual un acuerdo expícito o implícito de distribución del riesgo supone desplazar los efectos resolutorios propios de la *frustration*. Ver, por todos, SEALY, L. S. (1972), «Risk» in the law of sale. *Cambridge Law Journal*, 31-1. April, 245.

C) *Derecho francés*

Los problemas de incardinación del nuevo sistema de responsabilidad del empresario por faltas de conformidad actualmente incorporado en el Code de la Consommation, con el preexistente de la compraventa regulada en el Code Civil, podría plantear cuestiones de respeto al mínimo previsto en la Directiva. El artículo 1138 del Code centraliza la cuestión del traspaso del riesgo al adquirente de bienes concretos⁵². Bajo el presupuesto de que la regla consagrada en este precepto queda desplazada en todos los casos en que la entrega del bien al comprador no es coetánea al acuerdo de voluntades (momento este último determinante de la transferencia dominical), en definitiva el riesgo sólo se transfiere al comprador cuando el bien ingresa en su círculo de competencia, bien por el traspaso posesorio, bien porque tenga algún poder de disposición o de control sobre ellos⁵³. Este último supuesto podría plantear algún problema, porque, como sabemos, la Directiva impone que los bienes sean conformes al tiempo de la *entrega* al consumidor. En cualquier caso, doctrinalmente se ha concluido que la responsabilidad del empresario por faltas de conformidad es independiente de cualquier consideración valorativa de su conducta o de su conocimiento respecto a la falta de conformidad en el producto, y en este sentido responderá de la misma aun en el caso de fuerza mayor, con tal de que la falta de conformidad esté presente al momento de la entrega (sin perjuicio, naturalmente, del artículo L 211-8 del Code de la Consommation), sin que sea suficiente la mera puesta a disposición del bien⁵⁴.

D) *Derecho italiano*

De igual forma que sucede en nuestro Derecho, también en el Derecho italiano el Legislador ha guardado silencio respecto de este tema. Carmen Leo

⁵² El tenor del artículo 1138 del Code es el siguiente: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes». Y añade a continuación: «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».

⁵³ Tal sería el caso, por ejemplo, de la compra de género, desde el momento en que se produce la especificación y los bienes hayan sido marcados con el nombre del comprador. Así lo explican MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, J., CHABAS, F. (1998), «Leçons de Droit Civil». Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. París: Montchrestien, 9.ª edición par Michel de Juglart, 1167.

⁵⁴ Ver CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. (2006), *Droit de la consommation*. París: Dalloz, 282. Dispone el mencionado artículo L 211-8 lo siguiente: «L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat. Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté. Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis».

ha defendido que la regla general del traspaso del riesgo contenida en el artículo 1465 del Codice Civile⁵⁵ sólo se mantiene aplicable para las ventas distintas a la de bienes de consumo, porque en opinión de esta autora no tendría sentido que el vendedor garantice los defectos manifestados tras el traspaso del riesgo por la entrega, y sea, por otro lado, liberado en caso de perecimiento de la cosa antes de la entrega⁵⁶. A mayor abundamiento, como ha puesto de relieve Luminoso, una regla por la cual, cuando se trata de una disciplina dirigida a la protección del consumidor, en la duda, la norma debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, siendo ello además respetuoso con la Directiva⁵⁷. Posteriormente, ya estudiando el Codice de Consumo de 2005, en la misma línea también se pronunció BIANCA⁵⁸.

Conviene señalar, en todo caso, que las posiciones doctrinales, aunque mayoritarias en el sentido apuntado, no son unánimes. Así, OMODEI-SALÈ ha defendido que el régimen de responsabilidad del profesional en la venta de productos no ha alterado la regla general *res perit domino* (OMODEI-SALÈ, 2004, pág. 158 y sigs.).

4. COMPONENTES LÓGICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. VISIÓN GENERAL

Por definición, un contrato sinalagmático implica la puesta en común de unos intereses. Por ello precisamente, en la medida en que un contratante busca del otro conseguir una utilidad que de otra forma no podría obtener de forma eficiente, de manera más o menos implícita o más o menos consciente se asumen unos *riesgos*. La mayor o menor probabilidad de que estos riesgos se concreten en un daño, en relación con los costes que implica asumirlos, es lo que en teoría impulsa o retrae la contratación.

⁵⁵ Dispone este artículo 1465 que en los contratos que transmitan la propiedad de una cosa determinada o constituyan o transmitan derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al transmitente no libera al adquirente de la obligación de cumplir su obligación, aunque la cosa no le sea entregada.

⁵⁶ En todo caso, y sin deber profundizar más en esta cuestión, no debe olvidarse que RUBINO, al estudiar el artículo 1465 del Codice Civile, equipara la pérdida y el deterioro a efectos de aplicación de este precepto —ver en RUBINO, D. (1971), «La compravendita», en CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIII. Milano, Dott. A. Giuffrè, 452—.

⁵⁷ LUMINOSO, A. (2003), «Profili applicativi», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, vol. XXXI. BIN, Marino; LUMINOSO, Angelo (coords.), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Padova: CEDAM, 99.

⁵⁸ BIANCA, C. M. (2006), «La vendita dei beni di consumo. Note introduttive», en *Le nuove leggi civili commentate*, Fasc. 2, 319.

Esos riesgos pueden ser de índole muy diversa, como lo pueden ser los daños en que se concretan. El hecho de que una de las partes haya cumplido sus obligaciones y la otra parte no, deriva objetivamente en un daño cuya probabilidad debió ser considerada *a priori*; junto a ello, tal incumplimiento puede conllevar daños añadidos (gastos de negociación para la resolución extrajudicial; costas procesales; la imposibilidad de que el acreedor pueda cumplir otras obligaciones con terceros, por ejemplo, porque se había comprometido a vender los productos que nunca recibió por el incumplimiento...).

En definitiva, todo negocio jurídico patrimonial lleva de la mano, por el solo hecho de su existencia, la creación de *círculos de responsabilidad*, o si se quiere, de *círculos de competencia*, cuya gestión corresponde a cada una de las partes. Tal gestión debe estar orientada a la satisfacción de los intereses que se habían puesto en común por aquéllas.

A la hora de delimitar esos círculos de competencia, me parece una posible piedra de toque la siguiente afirmación de Richard A. POSNER: «una función importante de los contratos es asignar los riesgos a quien pueda asumírselos mejor» (POSNER, R., 1998, 118). La idea central que puede extraerse de aquí, es que todas aquellas objetivas insatisfacciones del derecho de crédito que tengan su origen en la esfera de control de una de las partes, en principio son *subjetivamente imputables* a aquella de las partes a quien le correspondía la gestión de ese círculo en el que se produjo la causa de la insatisfacción⁵⁹.

La delimitación de los ámbitos de competencia puede hacerse de dos formas: positivamente, y negativamente:

- a) *Positivamente*: a cada una de las partes le corresponde hacer todo aquello que sea preciso para llevar a buen término el negocio celebrado, esto es, para la consecución de los fines puestos en común por las partes⁶⁰.
- b) *Negativamente*: las partes tienen que evitar el acaecimiento de todo aquello que pueda frustrar el fin del negocio.

Cobra pleno sentido la concepción del negocio jurídico como *reglamentación* por la autonomía privada de los intereses igualmente privados, que estaba presente en las primeras construcciones de la teoría del negocio jurídico⁶¹. En

⁵⁹ Es esta la idea central sobre la que, en opinión de MALEY, se asienta la distribución del riesgo en la disciplina de la Convención de Viena. MALEY, K. (2009), «The limits to the conformity of goods in the United Nations convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)», en *International Trade and Business Law Review*, 12, 96.

⁶⁰ En nuestro Derecho, cumple una función muy importante en este sentido el artículo 1258 del Código Civil, según el cual: «los contratos (...) obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

⁶¹ Entre nosotros, CASTRO, F. (1985), *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 31-32. En la doctrina comparada, VON THUR —ver su *Tratado de las obligaciones* (se ha manejado la

la medida en que la celebración de un negocio jurídico patrimonial conlleva todo lo anterior, es lógico que cualquier construcción general de un *sistema de responsabilidad contractual* tome en cuenta la consideración que las partes tuvieron, o que debieron haber tenido, de todos esos riesgos inherentes a la contratación, de todos aquellos aspectos que por el hecho de la celebración del negocio quedaron bajo su esfera de control. Como consecuencia de un mínimo de seguridad jurídica, todo consentimiento contractual válidamente otorgado debe presuponer que, el que emite dicho consentimiento, consideró todos esos aspectos y decidió asumirlos. Es perfectamente lógico que, en consecuencia, responda por ellos.

5. COMPONENTES LÓGICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. APROXIMACIÓN CONCRETA

A) Incumplimiento e imputabilidad subjetiva

La cuestión sobre la distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación es una pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. Y la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, como requisito de responsabilidad, sólo tiene sentido plantearse cuando puede responderse a ella negativamente, exonerando de responsabilidad a aquel que, de otra forma, hubiese sido declarado responsable en términos de causalidad material. A partir de aquí es donde tiene sentido plantearse la doctrina del *riesgo* en sentido jurídico, esto es, cuando un deudor deja de cumplir, y sin embargo puede *no ser considerado responsable* por ello. Viéndolo desde otro punto de vista: un sistema de responsabilidad contractual «estricto», en el que el deudor responde completamente por el simple hecho de no llevar a cabo el cumplimiento, no precisa de un régimen de distribución del riesgo en el sentido que aquí interesa (la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento carece de utilidad); y si lo previese, no sería más que una vía de escape de ese régimen de responsabilidad estricto, un paliativo del mismo, con el fin, en teoría, de evitar resultados desproporcionados o injustos desde un punto de vista de política legislativa. A esta idea se volverá más adelante.

El papel que ha desarrollado la culpa/negligencia ha sido, históricamente, muy relevante. Tanto, que la culpa perdió su sentido como criterio de imputación, y pasó a formar parte del supuesto de hecho mismo del incumplimiento,

traducción al castellano de esta obra realizada por W. ROCES, edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, Granada: Comares, 2007), pág. 81— y FLUME —*El negocio jurídico*. Traducción por José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, especialmente págs. 23 a 48—.

de modo que si no había culpa o negligencia, no es que el incumplimiento no le era imputable al deudor, sino que ni siquiera había tal incumplimiento. La consecuencia fue que la noción de incumplimiento marcaba el límite entre la entrada en juego de la responsabilidad contractual (culpabilística), y el sistema de riesgos, que necesariamente suponía unas consecuencias distintas que el incumplimiento (culpable). Situadas la acción de cumplimiento específico y las acciones resolutoria e indemnizatoria como mecanismos ante el incumplimiento, los mecanismos con los que contaba la disciplina contractual cuando la falta de ejecución no era culpable no podían ser, en consecuencia, los mismos. Por ello, si el deudor dejaba de cumplir sin culpa o negligencia, la consecuencia era evidente: la otra parte, que ni podía ejercitar una acción de cumplimiento específico, ni indemnizatoria, pero tampoco resolutoria, debería cumplir su prestación, aun en el caso extremo de no recibir nada de la otra parte.

Una vez que se cuestiona el papel preeminente de la culpa como definidora del incumplimiento, se presentan dos alternativas en la construcción de un régimen de responsabilidad contractual:

- a) Entender el incumplimiento como una idea desprendida de la culpa, pero que siga presuponiendo cierta vinculación con la conducta del deudor.
- b) Entender el incumplimiento en un sentido esencialmente objetivo, esto es, como falta de ejecución del programa prestacional, al margen del motivo de ello.

Cualquiera de las dos ideas de incumplimiento anteriores suponen una evolución, y son preferibles, a la construcción del incumplimiento exclusivamente culposo. No obstante, aún la primera de las dos posibilidades planteadas cuenta con el inconveniente de negar el incumplimiento, y por tanto las acciones previstas para él (incluida la acción resolutoria) cuando la falta de cumplimiento proviene de un suceso por completo desvinculado del deudor (por ejemplo, por fenómenos meteorológicos). La segunda posibilidad ofrece la ventaja de presentar una idea de incumplimiento totalmente desprendida de prejuicios de imputabilidad subjetiva, esto es, una noción *neutra* de incumplimiento, objetiva, y por tanto omnicomprendensiva: todo aquello que es debido conforme al programa contractual y no se ejecuta, da lugar a un incumplimiento. Esto significa que la respuesta a la pregunta de si hay o no incumplimiento no supone responder simultáneamente a la cuestión de si éste es o no imputable al deudor. De este modo, cabe que haya incumplimientos *subjetivamente imputables*, e incumplimientos *no subjetivamente imputables*.

Un sistema así nos devuelve a la idea de partida: un sistema de responsabilidad contractual basado *por completo* en una noción objetiva y neutra de incumplimiento, en el que el deudor responde de la falta de ejecución de la prestación solutoria independientemente de la causa del incumplimiento, no necesita una construcción legal de transmisión del riesgo por pérdida o

menoscabo de la prestación. Sólo cuando un sistema en el que tiene sentido plantearse el problema de la imputabilidad subjetiva como una cuestión distinta a si hay o no incumplimiento como tal, presupone que las consecuencias que el Ordenamiento prevé para el incumplimiento *imputable* y el que *no es imputable* son distintas⁶².

Por tanto, el punto de partida para la construcción de un sistema de riesgos coherente debe ser el incumplimiento que no es subjetivamente imputable al deudor. El conjunto de acciones que se reconocen al acreedor que sufre este incumplimiento delimita la distribución «primaria» del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. Todo lo que suponga un desplazamiento de ello, bien por decisión del Legislador (cfr. v. gr. art. 1452 del Código Civil), bien por el juego de la autonomía de la voluntad, son previsiones de distribución «especial» del riesgo, toda vez que parten del mismo supuesto de hecho: incumplimiento no subjetivamente imputable al deudor.

La configuración de ese régimen «general» de distribución del riesgo, esto es, de esa distribución «primaria» no deja de ser una cuestión de política legislativa. De *lege ferenda*, sin embargo, parece que ese mínimo debe comprender, al menos, los remedios sinalagmáticos en favor del acreedor insatisfecho (resolución —rebaja proporcional de la propia prestación—)⁶³.

Una articulación del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuitos basada en una idea de incumplimiento comprensiva en sí misma de un juicio de imputabilidad subjetiva, como por ejemplo la culpa, es rechazable. Negar que haya incumplimiento sólo porque el deudor *intentó* el cumplimiento de forma leal (por ejemplo, con la diligencia de un buen padre de familia) conduce en último extremo a afirmar que el acreedor de la prestación se obliga a pagar a cambio de obtener un deber *de conducta* del deudor *dirigido a* un bien o servicio, no por el bien o servicio *en sí*. Pero no sólo eso: si el terreno de juego de la doctrina del riesgo viniera delimitado externamente por la idea de incumplimiento imputable al deudor, negando que haya tal incumplimiento si éste no es imputable, supone *en coherencia* concluir que el régimen del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos implica *siempre* consecuencias excepcionales e incompatibles con las que son propias del incumplimiento (imputable)⁶⁴. Esto no es rechazable *per se*, esto

⁶² Que las consecuencias previstas sean distintas no significa que sean *excluyentes* u *opuestas*, sino que *no son por entero coincidentes*. Tanto el incumplimiento imputable como el que no lo es, comparten la naturaleza del *incumplimiento*, y el punto de partida es el mismo. Posteriormente, el juicio de imputabilidad puede modular ese régimen de partida (por ejemplo, añadiendo acciones si tal imputabilidad existe —por ejemplo, la acción indemnizatoria, o legitimando el ejercicio de las acciones de cumplimiento específico—).

⁶³ Como veremos, los regímenes de los PECL, del DCFR y de los Principios UNIDROIT es un buen ejemplo de ello. También el régimen de la Convención de Viena, aunque ésta va más allá, y junto a los remedios sinalagmáticos, reconoce también el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento específico vía sustitución o reparación.

⁶⁴ Afirmar que un supuesto no es de incumplimiento, pero conduce a las mismas consecuencias que aquél, es un formalismo conceptual *incoherente*.

es, porque lleve a resultados ilógicos (un sistema así podría articularse perfectamente sin que produzca incoherencias internas), sino que es rechazable porque lleva a resultados injustos y excesivamente formalistas y artificiales: primero, porque prácticamente elimina las obligaciones de resultado, convirtiéndolas en obligaciones de diligencia (obligaciones de medios); y segundo, porque no es justo ni eficiente que la regla general de un Derecho de Obligaciones sea que el acreedor de una prestación deba soportar el riesgo de pérdida o menoscabo de aquella *sin culpa del deudor* a pesar de que el control sobre la misma recaía de forma íntegra sobre el deudor.

Por otro lado, como hemos visto la pregunta por el riesgo en sentido jurídico (a lo que ahora interesa, pérdida o menoscabo fortuito del objeto de la prestación) es una pregunta por la ausencia de imputabilidad del incumplimiento. Por tanto, presupone el *incumplimiento* (en un sentido objetivo), esto es, que el deudor no ha realizado por completo el comportamiento solutorio conforme al contrato. Si no, no habría en relación a qué cuestionarse el problema de su imputabilidad al deudor, y por tanto no habría espacio para cuestionarse quién soporta el riesgo por pérdida o menoscabo fortuito. Esto es así tanto si hay como si no un régimen «especial» del riesgo distinto de lo que antes hemos llamado régimen «primario» o «general» de distribución del mismo.

La Convención de Viena es un buen reflejo de lo anterior. Mientras se reconoce al comprador de mercaderías la posibilidad del ejercicio de las acciones por falta de conformidad, es claro que el vendedor se enfrenta a las consecuencias de un *incumplimiento contractual*, le sea o no subjetivamente imputable. El artículo 36.2 no impide esta conclusión, que claramente exige como antecedente de responsabilidad que la falta de conformidad sea debida a un incumplimiento del vendedor⁶⁵.

Tampoco lo impide el artículo 66 CV'80. En relación a este precepto, que dispone que la pérdida o deterioro posterior a la transmisión del riesgo no libera al comprador de la obligación de pagar el precio a menos que la pérdida o menoscabo «se deban a un acto u omisión del vendedor», se ha afirmado que este acto u omisión no tienen por qué constituir en sí mismos incumplimientos⁶⁶, pero lo que sí es claro es que *provocan* el incumplimiento (por ejemplo, faltas de conformidad en las mercaderías), que es objetivamente imputable a esa acción u omisión (que, como se ha señalado, no tienen por qué ser en sí mismo incumplimientos). Puesto que hay incumplimiento (falta de conformidad de las mercaderías con el contrato)

⁶⁵ Como señaló BIANCA al comentar este artículo 36.2, «the risk rule obviously cannot exempt the seller from the consequences of his breach of contract». BIANCA, C. M. (1987), «Article 36», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 286.

⁶⁶ HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Article 66», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press, 924. Entre nosotros, por todos, CAFFARENA LAPORTA, J. (1998), «Artículo 66», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 523.

se abre para el comprador la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes (por ejemplo, reparación o sustitución de las mercaderías)⁶⁷.

Finalmente, lo mismo cabe decir en relación al artículo 70, que permite la sustitución o la resolución bajo el presupuesto de que el incumplimiento que motiva la reclamación es esencial, aunque el comprador no pueda devolver los bienes por perecimiento fortuito de los mismos, sin derecho por parte del vendedor de recibir compensación alguna por el valor de los bienes que hubiera tenido que recibir de haberse podido devolver: en estos casos, es claro que hay un incumplimiento por parte del vendedor (incumplimiento que, además, es *esencial*). Se ha apuntado que el artículo 70 permite al comprador desplazar el riesgo al vendedor, haciendo que éste soporte la pérdida o menoscabo de las mercaderías aun cuando ello se produjera cuando éstas ya estaban bajo control del comprador. Pero ello, en realidad, es una consecuencia indirecta de la mecánica de la sustitución y de la resolución en la medida en que tales acciones se permiten⁶⁸: el centro de la gravedad de la norma no radica en que el vendedor soporta el riesgo por pérdida o menoscabo fortuito más allá del total cumplimiento de sus obligaciones como deudor, sino en que el vendedor es un *incumplidor*, y como tal debe responder, sin que el hecho de que las mercaderías se hayan perdido pueda servirle para exonerarse de responsabilidad. No se trata de una «hipertrofia» del régimen del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito, sino meramente de una norma que aborda el conflicto entre las normas de transmisión del riesgo (en este caso, en contra del comprador) y las del incumplimiento (en favor del vendedor)⁶⁹, decantándose en favor de estas últimas, para el caso únicamente de que el incumplimiento sea *esencial*, no en otro caso⁷⁰.

⁶⁷ No puede ser suficiente para hacer entrar en juego el último inciso del artículo 66 CV'80 que la acción u omisión haya sido mero antecedente causal, en sentido material, del incumplimiento. En necesario que este incumplimiento sea objetivamente imputable al acto u omisión. Como han señalado HAGER y SCHMIDT-KESSEL, el propósito de la segunda parte del artículo 66 CV parece ser cubrir, junto a los casos de incumplimiento contractual, también aquellos casos de conducta que podrían dar lugar a responsabilidad extracontractual pero no a responsabilidad contractual. Así, a actos realizados por el vendedor que claramente son legítimos, no les resulta de aplicación la segunda parte del artículo 66 CV'80 [HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M., «Article 67», 2010, 66; entre nosotros, CAFFARENA LAPORTA, «Artículo 66», *op. cit.*, 523]. En consecuencia, la imputabilidad del incumplimiento al acto u omisión del vendedor es un requisito necesario. Sin embargo, debe advertirse que la cuestión no es unánime. SCHLECHTRIEM puso de manifiesto en una obra de 1986 que la segunda parte del artículo 66 entrará en juego incluso aunque el vendedor no sea responsable del daño a las mercaderías en el sentido del artículo 79 CV'80 (SCHLECHTRIEM, 1986, 86).

⁶⁸ Véase NICHOLAS, B. (1987), «Article 70», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 510.

⁶⁹ Véase HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Article 70», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press, 943.

⁷⁰ ERAUW, J. (2005-2006), «CISG articles 66-70: the risk of loss and passing it». *Journal of Law and Commerce*, 25, 207. En una línea similar, ver el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil*.

La lógica que subyace tanto en el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil* como en el artículo 70 CV'80, es la misma: hacer que el traspaso del riesgo al comprador no suponga una vía de exoneración de la responsabilidad contractual del vendedor por un incumplimiento suyo. Naturalmente, tal responsabilidad del vendedor

También la regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa del Código Civil pone de manifiesto las mismas ideas, aunque para llegar a resultados distintos. Si el comprador no entrega la cosa comprada en el estado en que ésta se encontraba en el momento de celebración del contrato, objetivamente ello es un incumplimiento (cfr. art. 1468-1.º del CC). Si ello se produce por un «suceso» en el sentido del artículo 1105 del Código Civil (fuerza mayor), la norma del artículo 1452 del Código Civil impide que un supuesto tal pueda disciplinarse por el régimen «primario» de distribución del riesgo (fundamentalmente, posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria *ex art* 1124 del CC), desplazándolo, y en consecuencia tal artículo 1452 del Código Civil vendría a ser una norma «especial» de distribución del riesgo (sólo aplicable cuando el incumplimiento no es imputable al deudor), pero no excluye que exista tal incumplimiento por el vendedor, sino todo lo contrario: lo presupone para excluir la consecuencia que, de otro modo, resultaría aplicable (resolución: régimen «primario»).

Lo anterior no significa que la pregunta por el *momento de la transmisión del riesgo* sea también la pregunta por el momento del *total cumplimiento del deudor*. Por regla general ambos momentos coincidirán, pero no como consecuencia de una necesidad de coherencia. No será así, por ejemplo, en aquellos

sólo se proyecta en relación al incumplimiento, no al resultado de la pérdida o menoscabo fortuitos: aun cuando la transmisión del riesgo al comprador no le impida a éste el ejercicio de las acciones por incumplimiento, no puede olvidarse que el riesgo ya era del comprador.

Permitir al comprador el ejercicio de los remedios correspondientes por falta de conformidad de los bienes con el contrato, aun cuando los bienes se hayan perdido o menoscabado fortuitamente después de que el riesgo se hubiera transmitido al comprador, supone impedir que el vendedor pueda exonerarse de responsabilidad por un incumplimiento que deba ponerse a su cargo por el solo hecho de que las cosas hayan perecido fortuitamente a riesgo del comprador. Pero abrir completamente la puerta al comprador para exigir cualquier remedio por incumplimiento cuando las cosas hayan perecido o menoscabado *a su riesgo*, puede suponer en determinados casos una *excesiva inversión de la regla general*, en el entendido que el incumplimiento del vendedor no puede servir de excusa para trasladarle una carga económica excesiva, marcadamente en aquellos casos en que la falta de conformidad, aunque existente, no es grave, el hecho fortuito supone un grave quebranto de los bienes vendidos, y el comprador ejercita el derecho a sustituir los bienes. Por eso tiene perfecto sentido que el artículo 70 CV'80 limite su supuesto a los casos en que el incumplimiento (a lo que aquí nos interesa, falta de conformidad de los bienes) sea *esencial*, esto es, lo suficientemente graves como para justificar la *sustitución* de los bienes o la *resolución del contrato*. Quizá la expresa mención en el artículo 70 de la Convención de que el incumplimiento sea esencial resulta superflua para evitar el efecto comentado [como sucede en el art. 82.2.a)], toda vez que la disciplina general de los remedios de la sustitución y la resolución exigen que la falta de conformidad sea grave, de modo que podría haberse llegado a la misma conclusión aun cuando el artículo 70 omitiera la referencia. En todo caso, exigir que el incumplimiento sea sustancial, aunque no elimina el efecto de inversión del riesgo, sin duda lo limita.

Por su parte, el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil*, como hemos visto, no exige que el incumplimiento sea esencial. No obstante, quizá pudiera llegarse a una interpretación que conduzca a un resultado similar al del 70 CV'80. Ello es posible si entendemos que los hechos sobrevenidos una vez transmitido el riesgo al comprador, pueden ser considerados en orden al cálculo de proporcionalidad que abre y cierra la puerta a los remedios exigibles por el comprador (cfr. art. 1484 de la *Propuesta*).

casos en que una norma «especial» de distribución del riesgo así lo disponga, como sucede con el citado artículo 1452 del Código Civil. Pero incluso aunque no hubiese una norma especial de transmisión del riesgo, habrá casos en que el momento de transmisión del riesgo puede ser distinto (concretamente, anterior) del momento de total cumplimiento por el deudor. Ejemplos de ello los encontramos en la Convención de Viena (cfr. art. 68), en la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* (cfr. art. 146, en sede de compraventa de empresario a empresario), y como veremos más adelante y nos detendremos en ello, en algunos supuestos en que la compraventa conlleva la obligación de instalación a cargo del empresario o profesional en el que el riesgo se puede haber transmitido al consumidor *antes* del total cumplimiento del contrato. Aparte quedan, además, los supuestos en que alguna de las partes se retrasa en el cumplimiento de sus obligaciones.

Afirmar que hay supuestos en que el riesgo se transmite al acreedor antes del total cumplimiento por parte del deudor en principio no plantea mayores problemas, al menos desde un punto de vista teórico⁷¹. Lo que sí resultaría problemático será lo contrario, hasta el punto que, en mi opinión, no resulta posible, esto es, afirmar que el riesgo se transmite al acreedor en un momento *posterior* al total cumplimiento del deudor. Una tal pretendida posibilidad en verdad se reconduce a extender hasta el momento de la transmisión del riesgo la conducta solutoria del deudor, haciendo coincidir ambos momentos (el de transmisión del riesgo y el de total cumplimiento del deudor).

La actual *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* supone un buen ejemplo de lo anterior. En sus artículos 140 y siguientes prevé un régimen de transmisión del riesgo diferente para las ventas de empresario a consumidor, por un lado, y para las ventas de empresario a empresario, por otro. Para las primeras, la regla general es que el riesgo se transmite al consumidor cuando éste adquiere el control sobre los bienes vendidos, o como han señalado ZOLL y WATSON, cuando adquiere la posesión física de los bienes⁷², mientras que en las segundas (ventas entre empresarios), hay supuestos en que basta que los bienes estén a disposición del comprador si se ha acordado que los mismos deben ponerse a disposición del comprador en un lugar distinto del lugar del negocio del vendedor (cfr. art. 144). Supongamos un caso de compraventa en que vendedor (V) y comprador (C) acuerdan que los bienes quedarán a disposición del comprador, pasados tres días desde de la celebración del contrato, en los almacenes de un tercero (T) ajeno tanto al comprador como al vendedor, para que dentro de los cuatro días siguientes a esa puesta a disposición, el comprador los recoja. Cumplida la obligación del vendedor de entregar a T los bienes vendidos,

⁷¹ Incluso el artículo 68 CV'80 (venta de mercaderías en tránsito) prevé la posibilidad de que en un caso dado, pueda entenderse que el riesgo lo soporta el comprador por las pérdidas o menoscabos que las mercaderías hayan sufrido *antes* de la celebración del contrato (cuando las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador). Téngase presente, en todo caso, que esto es una disposición que sólo rige «si así resultare de las circunstancias».

⁷² ZOLL, F., WATSON, J. (2012), «Article 142», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck - Hart - Nomos, 606.

y notificado ello a C, el momento de transmisión del riesgo a C será distinto según si éste actúa como consumidor o no: a) Si actúa como consumidor, el riesgo sólo pasará a soportarlo cuando recoja los bienes (o se retrase en recogerlos); b) Si actúa como empresario, el riesgo pasa a soportarlo desde que los bienes se pusieron a su disposición. No se trata de que en el primer supuesto el vendedor soportó el riesgo *más allá de su total cumplimiento*, y en el segundo de que el riesgo se transmitió *en el mismo momento del total cumplimiento*. En realidad, las obligaciones del vendedor (conducta solutoria) son distintas en ambos casos: en la segunda, el vendedor ha cumplido (pagado) con poner a disposición del comprador en las instalaciones de T bienes conformes con el contrato, mientras que en el primer caso (venta a consumidor), la obligación no consiste sólo en poner a disposición del consumidor bienes conformes, sino en que éste *reciba* bienes conformes con el contrato. De hecho, en el estudio de la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* se ha llegado a afirmar que el artículo 94 (que es el que regula el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, sin perjuicio del juego de la autonomía de la voluntad) podría probablemente ser eliminado sin que ello tenga consecuencias negativas en el funcionamiento del sistema: sería suficiente con tener reglas referentes al lugar de la entrega y al momento de la transmisión del riesgo⁷³.

Una vez explicado lo anterior, una adecuada delimitación del ámbito de imputabilidad subjetiva del incumplimiento, considerado éste último simplemente como no ejecución del programa prestacional, exige detenerse en tres aspectos:

- a) La previsibilidad, en fase de *formación del contrato*, del hecho que impide el cumplimiento.
- b) La evitabilidad del hecho que impide el cumplimiento, en fase de *ejecución del contrato*.
- c) Todos aquellos sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato.

Detengámonos en cada uno de ellos por separado.

B) *Previsibilidad al tiempo de formación del contrato*

A la hora de determinar de forma concreta qué aspectos quedan dentro y qué aspectos quedan fuera del círculo de competencia de cada una de las partes, y determinar por tanto cuándo un incumplimiento es imputable o no subjetivamente al deudor (esto es, cuándo se origina o no dentro de su círculo de competencias), el criterio general que podría seguirse para determinar qué era previsible y qué no, es el de la *eficiencia contractual*. Como pusieron de

⁷³ ZOLL, F. (2012), «Article 98», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck - Hart - Nomos, 463.

manifiesto H. STOLL y G. GRUBER, abstractamente considerados casi todos los eventos son previsibles⁷⁴. Por ello, los únicos riesgos que deben entenderse comprendidos en las esferas de competencia de las partes no pueden ser *todos* los eventos, sino sólo los que *razonablemente fueran previsibles* (pues sólo ellos podrían haber sido considerados en un cálculo de asunción de riesgos y de potencial responsabilidad por el contrato celebrado⁷⁵). Ello pone de manifiesto de forma indirecta una idea esencial: una adecuada interpretación del contrato, en términos conmutativos, puede revelar un desplazamiento *implícito* de las reglas de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos. Esto último, no es sólo una conclusión posible en nuestro Derecho⁷⁶, sino también en el Derecho comparado⁷⁷, en el ámbito del tráfico internacional de mercaderías⁷⁸ y en lo que podríamos llamar *Derecho Uniforme Europeo de contratos*⁷⁹.

Si una eventualidad es prevista en fase de formación del contrato, por ese solo hecho, el riesgo que acontezca *necesariamente* es objeto de distribución en la composición de la posición jurídica de las partes⁸⁰. La razón es clara: la regulación típica de un contrato es una preconfiguración de la situación jurídica de las partes, considerando el fin socio económico del contrato (causa). Para cada fin distinto (causa distinta), el Legislador tiene la posibilidad de ofrecer una regulación típica, una preconfiguración, de la situación jurídica de las partes. Esta preconfiguración, atendida la causa, no deja de ser una mera *posibilidad lógica* de la situación jurídica de las partes, y no impide cualquier otra dentro de la consecución de la misma causa (dentro del mismo tipo contractual).

Que la voluntad de las partes puede desplazar la regulación típica, dentro de los límites del Ordenamiento, es una idea evidente. Lo que quizá no sea tan

⁷⁴ STOLL, H., GRUBER, G. (2010), «Article 79», *ob. cit.*, 817.

⁷⁵ Ver SCHLECHTRIEM, P. (1986), «Uniform Sales Law», *ob. cit.*, 97.

⁷⁶ Cfr. PANTALEÓN, F. (1991), «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, 1066.

⁷⁷ Así, en el ámbito de la tradición del *Common Law*, y concretamente para el Derecho británico, ver TREITEL, G. (2004), «Frustration and force majeure», *op. cit.*, 506.

⁷⁸ Ver PONZANELLI, G. (1989), «Artículo 79», en BIANCA, C. M. (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Le nuove leggi civili commentate*, 314. También SILVA-RUIZ, P. F. (1993), «The UN Convention on the International Sale of Goods: A Note on Exemption from Liability for Failure to Perform», en CRANSTON, R., GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumer Law. National and International Dimensions*. Oxford: Clarendon Press, 57. Más recientemente, SCHWENZER, I. (2010), «Article 79», en SCHWENZER, I. (ed.), «Schlechtriem & Schwenzer Commentary», *op. cit.*, 1068.

⁷⁹ Así, por ejemplo, cfr. artículo 9:502 y 9:503 PECL. Ver EISELEN, S. (2006), «Specific Performance and Special Damages», en MACQUEEN, H., ZIMMERMANN, R. (eds.), *European contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 277.

⁸⁰ Como puso de manifiesto SCHLECHTRIEM en el estudio de la Convención de Viena, el deudor es responsable incluso por sucesos fuera de su ámbito de control, en la medida en que fueron conocidos o razonablemente previsibles por él al tiempo de la conclusión del contrato. SCHLECHTRIEM, P. (1986), «Uniform Sales Law», *ob. cit.*, 101.

evidente es que ello puede producirse también de forma implícita. Para averiguarlo es precisa una adecuada labor interpretativa del contrato, en el que sin lugar a dudas el precio cumple una papel esencial. Piénsese que, en el marco de la construcción de un régimen general de obligaciones y contratos, cuando la naturaleza del contrato exija la fijación de un precio, el precio *común o habitual del tráfico* puede ser un buen punto de partida en la configuración de la posición de las partes dentro los esquemas *típicos* del contrato en cuestión. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, y los trabajos llevados a cabo en nuestro ámbito en la Comisión General de Codificación (tanto en la sección de Derecho Civil como en la de Derecho Mercantil) son buen exponente de ello: en todos ellos se parte que cuando el contrato exija como elemento esencial la fijación de un precio, si éste no se fija por las partes, ese vacío se integrará mediante un *precio razonable*, siempre y cuando de ello pueda deducirse que las partes así lo hubiesen querido. La idea me parece esencial y de ello se deduce una idea perfectamente coherente, como es el de la referencia interpretativa del precio en dos direcciones: el precio es un elemento de interpretación de los derechos y obligaciones de las partes y permite interpretar cuándo debe entenderse que se han apartado de la regulación típica; y a la inversa: si no se fija un precio pero éste resulta esencial, sólo se entenderá que el precio es el habitual de mercado salvo que el modo en que las partes se han obligado permita extraer otra conclusión. El precio *típico* bien puede ser, por tanto, el precio habitual de mercado⁸¹.

⁸¹ El artículo 6:104 PECL prevé que cuando el contrato no fije el precio o el método de su determinación, se considerará que las partes han acordado un precio razonable. La conexión de este precepto con el 6:108 PECL (conforme al cual si el contrato no especifica la cualidad, se entiende que se debe la calidad *media*) se pone de manifiesto en los comentarios que se han hecho a estos Principios [ver en LANDO, O., BEALE, H. (2003)], *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)*. Edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ. Madrid, Colegios Notariales de España, 446.

Quizá de forma más clara en relación a las ideas apuntadas, se pronuncia el artículo 1277.1 de la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones*, al disponer que: «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y *que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado*» (la cursiva es mía). En idéntico sentido, pero concretado al contrato de compraventa, se manifiesta el artículo 1477 de la *Propuesta de modificación del Código Civil en materia del contrato de compraventa*. Por último, y en lo que respecta a los trabajos llevados a cabo en la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, primeramente el artículo 56.2.2.º de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, y de forma más reciente la *Propuesta de Código Mercantil* (2013) en su artículo 415-2.2 dispone que: «[c]uando no se hubiera pactado expresamente [si una obligación es de medios o de resultado], para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o sólo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente: (...) b) *El precio y*

Si tal voluntad de desplazar la situación típica de las partes no existe (ni implícita ni explícitamente), en relación a aquellos eventos *que fueron previstos o previsibles* sólo cabe concluir que la intención de las partes era someterse a la regulación típica, tal como la ofrece el legislador, y por lo tanto, habrá que estar a las consecuencias típicas para tal eventualidad cuando ésta ocurra. A la inversa, tratándose de algo imprevisto e imprevisible, por ese solo hecho las partes no han podido prever una disciplina contractual distinta de la típica⁸². En ambas hipótesis la consecuencia *preliminar* es la misma: vinculación a la forma típica; pero el modo en que ello se produce es muy distinta, y eso a la postre tendrá una importante consecuencia: en el primer caso puede decirse que la vinculación a la consecuencia típica se ha pretendido *positivamente*, esto es, las partes *la querían*, mientras que en el segundo caso la vinculación a la forma típica ha sido *por defecto*, esto es, como consecuencia del juego (necesario) del derecho dispositivo sin que hubiese una intención en ese sentido.

La regulación típica de un contrato expresa una posibilidad de vinculación válida para la consecución del fin típico del contrato (causa). Mientras este fin siga siendo posible, no hay ninguna razón para excepcionar el carácter vinculante del contrato en su forma de configuración.

Cuando sobreviene un hecho imprevisto, en relación con el cual no podía exigirse que las partes lo hubiesen considerado para desplazar la regulación típica del contrato y adaptar para tal supuesto su posición, mantener el carácter vinculante del contrato de ese modo concreto sólo podría sustentarse, bien en una voluntad presunta de las partes en querer seguir vinculadas, bien en un pretendido principio jurídico por el que el contrato resulta vinculante pase lo que pase (*pacta sunt servanda*). Ninguna de estas dos hipotéticas razones es válida: la primera, porque presupone justo lo que no se da, pues no puede haber

demás elementos del mismo [contrato]» (la cursiva es mía). De *lege data*, los términos en que las partes se han obligado, en el aspecto conmutativo, son esenciales en este punto. Aunque no se puede entrar ahora en profundidad, se pueden mencionar, al menos, tres casos claros en nuestro Derecho en este sentido: el primero de ellos, en sede de los negocios con causa *lucrativa*, es el artículo 638 del Código Civil. El segundo puede extraerse del artículo 1167 del Código Civil, al prever que «cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». En estos casos, al ser norma de derecho dispositivo, se ha entendido que el *precio* que, por ejemplo, el comprador ha pagado por esos productos es un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar qué calidad deben reunir los productos comprados, como elemento interpretativo, pues a mayor precio pagado, mayor calidad exigible [CAFFARENA LAPORTA, J. (1985)]. «El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 909-940). En tercer lugar, y en un ámbito distinto al de los negocios con causa transmisiva, puede mencionarse el artículo 1726 del Código Civil.

⁸² Si hubiera podido tenerse en cuenta, cabría considerar que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya haberlo previsto. LANDO, O., BEALE, H. (2003), «Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II», *ob. cit.*, 559.

voluntad presunta en relación a aquello que por hipótesis era imprevisible; y la segunda, porque si la vinculación de las partes en la posibilidad típica tiene su justificación en la consecución del fin típico del contrato (causa), imposibilitado dicho fin, afirmar que el contrato debe seguir obligando en su forma típica no deriva de una necesidad de coherencia del sistema: imposibilitado el fin típico del contrato, y siendo las prestaciones manifestación de la causa del contrato (la causa justifica las prestaciones y les da el sentido correspondiente al tipo contractual que los justifica), decir que *ese mismo contrato* sigue vinculando en el sentido de que puede seguir siendo fuente de derechos y obligaciones de las partes no responde, en estos casos, a una *necesidad de lógica jurídica*. Ello sólo puede afirmarse en aquellos casos en que la vinculación a la forma típica ha sido por voluntad *positiva* de las partes, bien porque *expresamente* lo han acordado pase lo que pase, bien porque, y esto será lo más probable, habiendo considerado el evento no previeron una consecuencia para su acaecimiento distinta de la típica que, por tanto debe regir (implícitamente; vid. *supra*): ello supuso de hecho una distribución implícita del riesgo en relación a ese evento⁸³.

C) *Evitabilidad del hecho en fase de ejecución del contrato*

A la hora de delinear los círculos de imputabilidad subjetiva del deudor, la evitabilidad o no del hecho en fase de ejecución del contrato es un elemento esencial, y distinto, de la previsibilidad al tiempo de contratar.

La distinción de ambas ideas se hace patente en la necesidad de evitar una lectura *a contrario*, y que debe descartarse, en virtud de la cual, en fase de ejecución del contrato concluir que actualiza el supuesto de hecho del *riesgo* todo aquello que era imprevisible al tiempo de contratar y que dificulta o imposibilita el cumplimiento *tal y como fue acordado* (aunque sí fuese posible el cumplimiento de otro modo distinto del previsto en el contrato).

A la vista de lo explicado más arriba, puede concluirse que el círculo de competencias de las partes, determinante de lo que subjetivamente le es imputable, no depende sólo de lo que fue previsto al tiempo de contratar y que determinó el modo de obligarse de las partes, sino también de los hechos sobrevenidos posteriormente: aquello que, aun siendo imprevisible al tiempo de contratar, resulta razonablemente evitable por el deudor, entra dentro, por ese solo hecho, de su círculo de competencias, y por tanto, de su círculo de imputabilidad, porque

⁸³ En el ámbito del *Common Law*, en el estudio de la previsibilidad al tiempo de la contratación y del espacio de juego de la doctrina de la *frustration*, se ha defendido por algún autor que si un hecho era previsible por el deudor pero no fue considerado expresamente en fase negocial para distribuir su riesgo, si finalmente el suceso acaece imposibilitando el cumplimiento, estaríamos ante un caso de *self-induced frustration* (frustración autoinducida), que impide la liberación del deudor (HALL, 1984, 300-307).

desde ese momento no puede decirse que tal circunstancia sea *extraña* a su esfera de control⁸⁴; en otras palabras: en términos de causalidad, en estos casos no puede decirse que el evento es causa del incumplimiento, sino más bien, debido a que el deudor no hizo lo razonablemente esperable (evitación de los efectos del evento) el incumplimiento es objetivamente imputable al comportamiento del deudor. Por todo ello, una previsión como la del artículo 79.1 CV'80, en orden a identificar los incumplimientos que dan lugar a indemnización (esto es, incumplimiento *imputables* al deudor —cfr. art. 79.5—) es completamente razonable: «una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias».

Como idea complementaria que ayuda a determinar en un caso concreto cuál es el comportamiento exigible del deudor en orden a la evitabilidad del hecho cuyo acaecimiento pudiera imposibilitar el cumplimiento, o destruir o dañar el objeto de la prestación, debe señalarse que no es posible una construcción acabada de un sistema de responsabilidad contractual si no se tienen en cuenta circunstancias *subjetivas*. Por ello, como ha afirmado Díez-PICAZO, «el marco o ámbito de control del deudor guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le es exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes»⁸⁵.

D) *Sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato*

¿Qué ocurre con todas aquellas insatisfacciones del derecho de crédito que suceden por causas ajenas a los círculos de control de las partes, porque no eran previsibles al tiempo de contratar, ni eran razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato? Respecto de todas ellas, no puede hablarse de verdadera *imputabilidad*. Si el sistema de responsabilidad contractual reubicase ese daño económico en un círculo distinto de aquel que lo recibió, estaría introduciendo en dicha esfera de control un aspecto que era, al menos, razonablemente descartable

⁸⁴ Véase LEE, W. (1990), «Exemptions of Contract Liability Under the 1980 United Nations Convention», en *Dickinson Journal of International Law*, 8, 391. También GOODFRIEND, D. E. (1984), «After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 22, 585.

⁸⁵ Díez-PICAZO, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson - Civitas, 727.

en el momento de contratar, y por tanto, como se ha apuntado más arriba, el sistema sería potencialmente ineficiente⁸⁶. En consecuencia, y sin perjuicio de que pudiera resultar aplicable otro régimen de responsabilidad (por ejemplo, el extracontractual), *el daño permanecerá en el patrimonio de aquella de las partes bajo cuyo control estaba el objeto de la prestación*, pero no porque lo merezca pues se parte de que el hecho que supone el daño a la prestación no le es imputable, sino como una consecuencia necesaria de tener cerrada la posibilidad de *endosar* o trasladar ese daño a la otra parte, *salvo que existiese una regla (normativa o resultante de la autonomía de la voluntad) que previese otra cosa*.

Téngase presente que la parte bajo cuyo control está el objeto de la prestación cuando acaece el daño, en la mayoría de las veces será, pero podría no ser, *el propietario* de tal objeto.

En efecto, el dominio, como elemento atributivo del riesgo por pérdida o menoscabo de la cosa debida, no es el mejor criterio a tal fin. Ello se puso también de manifiesto entre los autores iusnaturalistas. Heineccio, aunque en un principio cuestionó la equidad de la regla romana *res perit emptori* en un sistema en el que la transmisión del dominio exigía tradición⁸⁷, en una obra posterior⁸⁸, al abordar la misma cuestión, concluye de forma implícita la necesidad de distinguir, por un lado, una perspectiva estática y, por otro, una perspectiva dinámica de la cuestión: sin perjuicio de la regla *res perit domino, periculum* y *commodum* se transmitirían al comprador por fundamentos distintos de los presentes en la transmisión del dominio de la cosa⁸⁹. En este sentido, para los casos de pérdida de la cosa cuando la venta es ya perfecta, el vendedor la debe. En ese momento, si la cosa parece por caso fortuito, naturalmente se libera, y como consecuencia, el riesgo está en manos del comprador, que no la recibe. Como se ve, aún sigue quedando en el aire la cuestión del precio. Aunque no se aborda la cuestión de forma expresa, parece que implícitamente se asume la bondad de la regla desde el momento en que *«commodum rei venditae ad emptorem pertinere debere»*.

Por otro lado, como ha señalado FUENTESECA DEGENEFTE, vincular el traspaso del riesgo por pérdida o menoscabo, al traspaso de la propiedad, elimina la idea de «riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos» como figura jurídica autónoma. Esto

⁸⁶ Si ello fuera posible, los costes de previsión, aseguramiento, etc., podrían acabar siendo lo suficientemente elevados como para retraer la contratación.

⁸⁷ (§ CCCLIII) ... *«Nobis de jure naturae nunc sollicitis, extra omnem dubitationis alema positum videtur, casum ferre dominum»* (...). (§ CCCLIV) *Quum ergo emtor sine traditione statim fiat dominus, ac proinde periculum ferat. Ut vera quidem sit doctrina jureconsultorum de periculo rei venditae, sed ea cum reliquis juris Romani principiis male cohaereat, quia, dominum sine traditione ad emptorem transire, negant»* (...). HEINECCIO, Joan Gottlieb, en *Elementa Juris Naturae et gentium*. Editio secunda matritensis. Sumptibus Placidi Barco Lopez, 1789, 250-251.

⁸⁸ HEINECCIO, Jo. Gottl. *Recitationes in elementa Juris Civilis secundum ordinem institutionum*. Se ha manejado la edición de Venecia: Haeredes Balleonios, 1824, Tomo II, 82-83 (§ CMXI).

⁸⁹ ...*«respondemus, hic periculum & commodum non ex hoc, sed alio fundamento ad emptorem transit»*.

es así, independientemente de que, en un Sistema Jurídico cualquiera, la transmisión de la propiedad exija el traspaso posesorio, o simplemente exija el acuerdo de voluntades, como sucede marcadamente en el Derecho francés. En efecto, el artículo 1138 del Code francés dispone lo siguiente: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes». Y añade a continuación: «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». Como ha explicado la doctrina francesa, el transcrito artículo 1138 presupone la coetaneidad del acuerdo de voluntades (momento del traspaso dominical) y el traspaso posesorio (momento en que el bien queda en poder del adquirente), pero conceptualmente son dos momentos distintos: sólo hay que pensar en el caso contemplado en la segunda parte del artículo 1138, esto es, el caso del vendedor moroso: el bien perece para dicho vendedor, y sin embargo el acuerdo de voluntades ya transmitió anteriormente el dominio. Por otro lado, como han explicado Henri LEÓN, Jean MAZEAUD y François CHABAS, la regla del artículo 1138 del Code encuentra su justificación en un principio de equidad: salvo pacto en contrario, el comprador puede entrar en la posesión del bien desde el momento de la celebración de la venta; en cambio, si se pacta que la cosa quede en posesión del vendedor, no hay ninguna razón para que el vendedor quede en una situación distinta que la de, por ejemplo, un depositario del bien, supuesto este último en el que el depositario queda relevado de toda obligación de restitución si la cosa depositada pereciera por fuerza mayor. En definitiva, siendo consecuente con el presupuesto del artículo 1138 antes indicado, en todos aquellos casos en que la entrega del bien queda retrasada en el tiempo después de la celebración del contrato, la regla del artículo 1138 queda desplazada, de modo que jugará el principio *res perit debitori* (considerando aquí deudor al de la entrega, es decir, al vendedor)^{90 91}.

También en el Derecho italiano, en que rige el principio de transmisión consensual del dominio, y junto a ello, la regla *res perit domino* (por tanto, por regla general desde la celebración del contrato), se ha criticado la bondad de esta regla de distribución del riesgo de la prestación. En un trabajo reciente, Natucci, repasando el fundamento que en Derecho Romano tenía la regla *res perit emptori*, y analizando las críticas que la doctrina iusnaturalista había lanzado frente a dicho principio, concluye en la necesidad de analizar causalmente el contrato de compraventa, no desde la definición que ofrece el artículo 1470 del Codice Civile («il contratto che ha per oggetto in trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo»), sino desde las obligaciones típicas de las partes, dentro de las que está, para el vendedor, la

⁹⁰ MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, J., CHABAS, F. (1998), «Leçons de Droit Civil», Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. Paris: Montchrestien, 9.^e édition par Michel de Juglart, especialmente 1166-1168.

⁹¹ El Anteproyecto francés de reforma del Código Civil en materia de obligaciones, no supone una modificación en lo sustancial de lo anterior. Quizá lo más resaltable es que se elimina como efecto «automático» de la mora (del deudor o del acreedor) la atribución del riesgo, porque si se lograra probar que la cosa hubiese perecido igualmente en manos del acreedor, la mora no juega un papel distributivo del riesgo.

obligación de entrega de la cosa, obligación que no es meramente secundaria, sino que forma parte de la función económica del contrato, y por ende, de su causa. De esta forma, la imposibilidad de entrega debería suponer la resolución del contrato. Cabría señalar, en opinión de este autor, dos excepciones: 1) el caso de retraso en la recepción de la cosa por culpa del comprador (sea o no moroso); y 2) el caso en que se haya señalado un plazo de entrega, y dicho plazo se haya establecido en beneficio del comprador⁹².

Por último, en el ámbito anglosajón las mismas líneas críticas se han mantenido al respecto. Así, en el Derecho británico, en el que la regla general prevista en la secc. 20 SGA'79 es que la cosa vendida perece para el propietario. Como vimos, esta regla ha sido objeto de crítica por la doctrina⁹³, y ya se había defendido antes de la transposición de la Directiva 1999/44/CE lo inconveniente de esta regla, al menos, en el tráfico con consumidores. Por su parte, en el Derecho estadounidense, el actual UCC dispone una regulación de la transmisión del riesgo completamente desvinculada de la transmisión de la propiedad, modificando así lo que hasta entonces había sido la línea general de unir ambas ideas (cfr. §§ 2.509 y 2.510 UCC)⁹⁴.

Como es evidente, la distinción es mucho más sencilla cuando la transmisión del dominio exige entrega de la cosa. Además de nuestro caso, es también, por ejemplo, el caso del Derecho holandés, en el que rige también la transmisión del dominio mediante título más entrega de la cosa (cfr. arts. 83 a 98 del Libro 3 del Código Civil holandés)⁹⁵.

Supongamos el siguiente caso: «A» vende a «B» unos bienes, a entregar en una fecha determinada. «A» tiene los bienes en un almacén de su propiedad, correctamente conservados y protegidos. El día anterior a la entrega, «C», que circulaba con su automóvil en una carretera adyacente al almacén de «A», debido a un pequeño despiste pierde el control de su vehículo, choca contra una pared del almacén y provoca un pequeño incendio que es rápidamente sofocado. Los

⁹² NATUCCI, A. (2010), «Considerazioni sul principio *res perit domino*», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, 41-59.

⁹³ Sin ánimo exhaustivo: GREWAL, S. S. (1991), «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act», en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 14, 144. GULLIFER, L. (2009), «Risk», en MCKENDRICK, E. (ed.), «Sale of goods», *ob. cit.*, 112-113. BRIDGE, Michael, *The sale of goods*. Oxford: University Press, 157.

⁹⁴ «The underlying theory of these sections on risk of loss is the adoption of the contractual approach rather than an arbitrary shifting of the risk with the “property” in the goods». *Uniform Commercial Code. The American Law Institute - National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1972 Official Text with comments*, pág. 134.

⁹⁵ En sede de la regulación del contrato de compraventa, el legislador separa por un lado la transmisión del dominio, y por otro la transmisión del riesgo: la cosa vendida está a riesgo del comprador desde la entrega, aun cuando el título no se haya transmitido aún (por ejemplo, porque hay una reserva de dominio —cfr. art. 10 del Libro 7—); o a la inversa, el riesgo puede aún estar en cabeza del vendedor aun cuando la transmisión dominical se haya consumado (por ejemplo, porque la cosa vendida se transporte por el vendedor o por un tercero designado por él —cfr. art. 11 del Libro 7—).

bienes se encontraban cerca y aunque en apariencia daba la sensación de que no habían sufrido daños, el calor les produjo daños estructurales que, inadvertidos por el vendedor, se manifestaron al poco tiempo en manos del comprador. «A» (vendedor) podrá exigir por vía *extracontractual* a «C» los costes que le ha supuesto la reparación o la sustitución, pero puesto que «C» no actuó con dolo, «B» (comprador) no puede *imputar* el daño directamente al conductor «C»⁹⁶. En definitiva, *todos los demás perjuicios que ha sufrido «B» (comprador) distintos del menor valor de los bienes* (cfr. art. 1186 del Código Civil), *no los puede trasladar a ningún otro patrimonio, porque no son imputables ni a «A» ni a «C»*. Sólo puede evitar que «A» (vendedor) le *traspase* el daño que le supondría el menor valor de los bienes comprados por causa del incendio. «A» podría trasladar ese daño a «C», *porque le es a él imputable* por negligencia, y en definitiva se ubicaría el daño en el patrimonio que debía soportarlo. Si la causa del accidente fue por intentar esquivar un animal salvaje que invadió la calzada, y razonablemente no cabía esperar otra conducta de «C», el daño que objetivamente supone el deterioro de las mercancías *no es en sentido estricto imputable a nadie*, así que ante la falta de razones para trasladar ese daño a un patrimonio distinto de aquél bajo cuyo círculo de control se encontraba la prestación perdida, deberá mantenerse en éste, y la mejor forma para ello es reconocer a la parte compradora («B») los remedios que podríamos llamar *senalagmáticos* (resolución - reducción proporcional de la prestación)⁹⁷. Decir que en este caso el *riesgo en sentido estricto era del vendedor* no añade nada. Como ha apuntado M. BRIDGE, el hecho de que en una compraventa el riesgo en sentido técnico sea del vendedor, supone una situación «neutral» en el marco de una compraventa de cosa específica: ni el vendedor puede cumplir, ni el comprador deberá pagar el precio⁹⁸.

Durante los trabajos preparatorios de la que luego fue la Convención de Viena de 1980, al tratar la materia del traspaso del riesgo se planteó el siguiente caso: un contrato de compraventa de mercaderías en el que las partes acuerdan

⁹⁶ Como ha señalado Díez-PICAZO en el estudio de la eventual responsabilidad de un tercero por el daño que ocasiona en una relación negocial en la que no es parte, «puede sostenerse que hay una responsabilidad del tercero causante del daño cuando aquél ha actuado dolosamente, pero que en cambio tal responsabilidad no aparece cuando el daño es causado por el tercero al acreedor en forma indirecta y por simple negligencia» —DÍEZ-PICAZO, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson - Civitas, 743—.

⁹⁷ En el caso de que el accidente se hubiese producido por *negligencia* del conductor «C», el hecho de mantener el daño en el patrimonio del vendedor «A» es la única que permite trasladar a «C» el daño. Si hubiese una regla especial de transmisión del riesgo al comprador «B», éste debería soportar el daño, al no poder dirigirse ni frente a «A» por efecto de la regla especial de transmisión del riesgo, ni a «C» al no haber actuado éste dolosamente. Mantener el daño en la esfera del vendedor «A» es lo más lógico.

⁹⁸ BRIDGE, M. (2007), *The International sale of goods. Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 362.

que el vendedor pondrá a disposición del comprador las mercaderías durante todo el mes de mayo en las dependencias del vendedor, para recogerlas cualquier día de ese mes. El día 1 de mayo en efecto el vendedor pone las mercaderías a disposición del comprador, pero el día 2 de mayo las mercaderías son destruidas por un incendio que no es imputable al vendedor. Se llegó a la conclusión de que la mejor solución es no obligar al comprador a pagar las mercaderías destruidas, a pesar de que el vendedor había cumplido todas sus obligaciones contractuales. La razón es que el vendedor es el que estaba en mejor situación para asegurar el riesgo de forma más fácil y barata⁹⁹.

Cuando existe una regla especial que lleva a soluciones distintas de las señaladas, nos encontramos ante una disposición *especial de transmisión del riesgo en el sentido técnico de la expresión*, que puede tener origen legal o en la autonomía de la voluntad. Cuando una regla tal no es aplicable, el daño lo soporta quien lo recibe, o más exactamente, aquella de las partes bajo cuyo círculo de control estaba la prestación, no por aplicación de una norma especial, sino como consecuencia del riesgo que es inherente a la contratación (régimen «primario» de distribución del riesgo)¹⁰⁰.

En un negocio jurídico sinalagmático, cuando se produce una insatisfacción del derecho de crédito *que no es subjetivamente imputable al deudor*, sea o no sea aplicable una norma especial de transmisión del riesgo en sentido técnico, es evidente que ello produce unas consecuencias en la posición de la otra parte en el negocio. Cuáles sean esas consecuencias son distintas en uno u otro caso:

- a) Si es aplicable una norma especial al respecto, dicha norma especial indicará cuál es la suerte de la contraprestación, de modo que habrá que estar a lo que ella disponga.

⁹⁹ Ver el documento preparado por la Secretaría General de Naciones Unidas sobre la materia (A/CN.9/87, anexo IV). De la lectura de los artículos 66 y siguientes de texto finalmente aprobado, y hoy vigente, se aprecia que se ha mantenido esta lógica, que por cierto, comparte con § 2-509 UCC estadounidense (ver su comentario, especialmente el punto 3 del mismo, en *Uniform Commercial Code. The American Law Institute - National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1972 Official Text with comments*, pág. 135. Véase también STOCKS, M. (1993), «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4, 1443 y sigs.).

Como ha señalado LINACERO DE LA FUENTE en el marco de la Convención de Viena, normalmente asume el riesgo el contratante que tenga el control de las mercaderías y que, por tanto, está en mejores condiciones para custodiarlas y asegurarlas (LINACERO DE LA FUENTE, 2007, 60).

¹⁰⁰ Como expuso C. M. BIANCA, «[i]l rischio è, in generale, il pericolo di pregiudizi che il soggetto sopporta come titolare di una posizione giuridica». Y añade: «Il rischio contrattuale designa il pericolo di quei pregiudizi che sono a carico della parte» (las cursivas son mías). Ver en BIANCA, C. M. (1975), Voz «Vendita (diritto vigente)», en AZARA, A., EULA, E., *Novissimo Digesto Italiano*. Unione Tipografica - Editrice Torinese, Tomo XX, 608.

- b) Si no es aplicable una norma especial, también es evidente que habrá una consecuencia. Pero, como hemos visto, ésta no puede conllevar trasladar a la otra parte el perjuicio sufrido. Por ello, como se ha señalado, los remedios contractuales que podríamos llamar *sinalagmáticos* se revelan como el mínimo de protección para la parte que no debe sufrir el daño (nivel «primario» de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo no subjetivamente imputable al deudor), y que de otra forma se le trasladaría si tuviera que realizar, en todo o en parte, la prestación a que en principio estaba obligado.

En efecto, los remedios sinalagmáticos (resolución del contrato - rebaja proporcional de la prestación) se revelan adecuados para disciplinar una relación obligatoria cuando sobreviene un hecho que imposibilita o deprecia una prestación y ello no puede imputarse a ninguna de las partes.

Por este *mínimo de protección* es por el que opta el sistema de responsabilidad contractual previsto en los Principios de Derecho Contractual Europeo, en el DCFR, y en el ámbito del comercio internacional, por los Principios UNIDROIT: cuando una de las partes no realiza la prestación a la que estaba obligado, y la razón de ello fue un impedimento que estaba fuera de su círculo de control, el acreedor de dicha prestación no puede exigir el cumplimiento específico (por ejemplo, la reparación o la sustitución) ni una indemnización por los perjuicios que objetivamente se le haya producido, pero *sí puede resolver el contrato o reducir proporcionalmente su propia contraprestación*¹⁰¹. Esto se deriva de una lectura conjunta de los artículos 8:101, 8:108, y del capítulo 9 de los PECL, del artículo III.-3:101(2) del DCFR y del artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROT (2010).

El carácter *neutral* de los remedios sinalagmáticos respecto a la imputabilidad o no de la falta de cumplimiento para disciplinar la relación jurídica, los convierte en mecanismos aptos para regular ambas situaciones. Así, si en un sistema de responsabilidad contractual determinado se acompaña a los remedios sinalagmáticos de acciones indemnizatorias, el conjunto de acciones resultantes es apto también para disciplinar incumplimientos *imputables*.

En efecto, el fundamento de una acción de *resolución* es la desaparición sobrevinida de la sinalagmaticidad práctica del negocio, y ello es una circunstancia que nada tiene que ver con el carácter imputable o no del incumplimiento que conlleva la ruptura del sinalagma. Por su parte, una acción de *reducción proporcional de la prestación* no parte de la desaparición del sinalagma negocial, pero sí

¹⁰¹ Puede además negarse a cumplir su propia prestación.

Como apunte complementario, la *Normativa común de compraventa europea* contenida en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (documento COM(2011) 635 final) adopta idéntico modelo. Me remito a lo dispuesto en sus artículos 87.1; 88.1; 106.4 y 159.1. El paralelismo con los sistemas de los PECL y del DCFR, en la materia que aquí interesa es evidente.

de la ruptura de la *conmutatividad* de las prestaciones considerada al contratar¹⁰², y por las mismas razones, tampoco tiene nada que ver con el carácter imputable o no de la circunstancia que la produce.

En todos los casos en que existe un incumplimiento objetivamente considerado, y ello se debe a un suceso extraño a la esfera de competencia de las partes, el hecho de que el sistema permita que frente al deudor de la prestación afectada pueda ejercitarse una acción *de cumplimiento específico*, es también una opción legislativa coherente. La base de una acción tal no es la *imputabilidad* del incumplimiento al deudor¹⁰³: éste soportará las consecuencias del hecho causante de la insatisfacción, no desapareciendo o disminuyendo su crédito recíproco, sino mediante el *sobre esfuerzo* que le supondrá el cumplimiento específico (por ejemplo, en la materia que aquí nos interesa, entregando un bien en sustitución, o reparándolo)¹⁰⁴. Es éste otro modo de articular la cuestión, en que las consecuencias del hecho fortuito no se trasladan a la otra parte, o lo que es igual, permanecen en el patrimonio de aquel bajo cuyo poder estaba el objeto de la prestación, poniéndose de manifiesto una política legislativa en favor del mantenimiento del contrato. Ejemplo claro de esta forma de regular los intereses contractuales lo encontramos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980: dispone el artículo 79.1 de la Convención de Viena que «una parte no será responsable de la falta de

¹⁰² De ahí que lo más coherente sea remitir temporalmente la valoración de la prestación tal y como debiera ser, y la valoración de la prestación defectuosamente cumplida, al mismo momento: *el de su ejecución*, pues es a partir de ese momento cuando pretendía obtenerse la utilidad que no se obtuvo. En esta línea se mueve la Convención de Viena (cfr. art. 50), así como los Principios de Derecho Contractual Europeo (cfr. art. 9:401). También en esta línea se sitúa el artículo 1487 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de compraventa* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1988), y el artículo 1197 de la *Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009). La remisión al momento de la entrega para calcular la rebaja del precio ya se había defendido entre nosotros en referencia a la acción estimatoria propia del saneamiento por vicios ocultos. Por todos, SOLER PRESAS, A. (1998), *La valoración del daño en el Contrato de Compraventa*, Navarra: Universidad Pontificia de Comillas - Aranzadi, 183-184.

¹⁰³ Hay autores que para estos casos hablan también de *imputabilidad*. Así, GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho español», en *Indret*, julio de 2007 [en línea], disponible en www.indret.com.

¹⁰⁴ Este es el modelo que está también presente en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* y en la *Propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa*. Véanse los trabajos de SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011), «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 1704; y de GÓMEZ CALLE, E. (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. I, 38.

cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias». Pero concluye disponiendo en el apartado 5 y último que «nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención»¹⁰⁵.

Este modelo es el que también está presente de forma implícita en la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo (y a través de ella, también en el sistema de responsabilidad del Título V del Libro segundo TRLGDCU'07), y de forma explícita, en la Directiva 2011/83/UE¹⁰⁶.

En relación a esta última norma comunitaria, como punto de partida, el considerando 51 de la Directiva 2011/83/UE parte de la conexión de la entrega con

¹⁰⁵ Por tanto, por ejemplo, el vendedor que entrega mercaderías no conformes al contrato, podrá verse compelido por una acción de reparación, *independientemente de que la causa del incumplimiento le sea subjetivamente imputable*. La imputabilidad o no del incumplimiento, esto es, la posibilidad de afirmar que la causa del incumplimiento entraba dentro del círculo de competencia del deudor, sólo determina el triunfo de una *acción indemnizatoria* añadida, *no del resto de acciones por incumplimiento*.

Este punto fue objeto de discusión a lo largo de las reuniones realizadas durante la elaboración de la Convención. En el borrador elaborado por UNCITRAL y aprobado el 17 de junio de 1977 (documento A/32/17, anexo I), se propuso eliminar la exclusión de la pretensión indemnizatoria, toda vez que una exoneración de responsabilidad indemnizatoria podría quedar sin valor allí donde puede aún exigirse el cumplimiento específico.

En los debates posteriores se mantuvieron principalmente dos posturas: conforme a una de ellas, si una parte no era responsable por el incumplimiento de sus obligaciones por causa no imputable, no se le podía exigir ni la indemnización de daños, ni el cumplimiento específico, sino todo lo más la resolución o la reducción de la propia prestación (fue señaladamente la posición sostenida por Noruega; la posición de Australia, Austria, República Federal de Alemania y Países Bajos era la de excluir la pretensión de cumplimiento específico cuando el incumplimiento fuese por un suceso que también excluiría la acción indemnizatoria). Conforme a otra de ellas, que fue la que finalmente triunfó, la no imputabilidad del incumplimiento no exonera del deber de cumplimiento, aunque sí de la obligación indemnizatoria. En favor de esta opción debe mencionarse la posición sostenida por el representante sueco HJERNER, que propuso diferenciar entre los casos en que a una parte no se le podía exigir el pago de los daños porque sería injusto considerarlo responsable por la situación, y los casos en que una parte no puede cumplir su obligación debido a un impedimento, pero se mantiene la obligación de cumplir porque ello es posible. Reunión vigésimo octava, 28-III-1980. Documento A/CONF.97/C.1/SR.28. Tanto este documento como el citado más arriba, están recopilados en HONNOLD, J. O. (1989), *Documentary history of the Uniform Law of International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.

¹⁰⁶ Recientemente, ver FENOY PICÓN, N. (2013), «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en SCHULZE, R., ZOLL, F. (eds.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*. Múnich: Sellier European Law Publishers, 425.

la transmisión del riesgo: «las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. *Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega*». Y añade: «las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre la *posesión material* o el *control* de los bienes. Debe considerarse que el consumidor *tiene el control* de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)» (la cursiva es mía). En coherencia con esto, el artículo 18 de la Directiva entiende realizada la entrega de los bienes «mediante la transmisión de su *posesión material* o *control* al consumidor». La conclusión que cabe extraer de la lectura conjunta de ambos textos es coherente con lo que se ha explicado hasta aquí: la transmisión del riesgo se producirá para el consumidor cuando los bienes entren dentro de su círculo de control, al margen de que ello conlleve simultáneamente transmisión del dominio.

Por su parte, el artículo 20 de la misma Directiva dispone que «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»; sin embargo, «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, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista», sin perjuicio de los derechos del consumidor frente a éste.

La lectura conjunta del régimen de protección al consumidor previsto en la Directiva 1999/44/CE, y de los artículos 18 y 20 de la Directiva 2011/83/UE llevan a la necesidad de distinguir, en este ámbito, dos hipótesis: por un lado, si la obligación de entrega del vendedor implica para éste transportar los productos objeto del contrato, y por otro lado, si tal obligación no existe.

- a) Si no hay obligación de transportar por parte del empresario o profesional, la entrega supone el momento de transmisión del riesgo para el consumidor. A estos efectos, la entrega se entenderá producida cuando pueda decirse que los productos son poseídos materialmente por el consumidor o están bajo su control, de acuerdo al artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE.
- b) Si hay obligación de transporte para el cumplimiento de la obligación de entrega, en este caso la solución que se deriva del artículo 20 de la Directiva de 2011 es distinta de la prevista para el mismo supuesto en la CV'80: el riesgo se transmite al consumidor por la entrega a éste de los productos, y no con la entrega al primer transportista (cfr. art. 67 CV'80), aun en el caso en que el transportista sea independiente del empresario o profesional¹⁰⁷. Ello es así por varias razones:

¹⁰⁷ En el marco de la Convención de Viena, presupuesto para que opere la transmisión del riesgo *ex* artículo 67.1 es que el transportista sea independiente del vendedor, ya que en otro caso no podría entenderse que las mercaderías han salido de su ámbito de control, y por tanto

- El primer inciso del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE sólo considera el supuesto de entrega de los bienes a un transportista para excluirlo de la regla general.
- El segundo inciso del mismo precepto señala como excepción a la regla de la transmisión del riesgo prevista en el primer inciso (transmisión del riesgo con la entrega de los bienes al consumidor) el supuesto en que sea el mismo consumidor el que concierte el transporte con un tercero, y este tercero, además de ser independiente del vendedor, es un transportista que el vendedor no ha propuesto. Conviene detenerse por separado en ambos requisitos.

El que el transportista sea independiente del vendedor se entiende fácilmente: si no lo fuera, no podría entenderse que los productos hayan salido de la esfera de control del vendedor, y en consecuencia el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos debe seguir recayendo sobre él¹⁰⁸.

Más problemas interpretativos puede suponer el segundo requisito mencionado, y expresamente previsto en el artículo 20 de la Directiva de 2011, consistente en que el transportista no sea uno de los propuestos por el vendedor. En mi opinión, la lógica de esta previsión radica en convertir la mera elección del transportista por el consumidor en un hecho *neutro* desde el punto de vista de la transmisión del riesgo, por el simple hecho de que éste haya elegido de entre los propuestos por el vendedor: en todos aquellos casos en que el consumidor encarga a un transportista el transporte de los bienes, lógicamente el vendedor queda relevado de esa obligación de transporte, si es que llegó a tenerla. Es natural por ello que el riesgo lo soporte el vendedor sólo hasta la entrega de los bienes al transportista. Pero cuando el vendedor propone transportista bajo el presupuesto de su obligación de transportar para entregar el producto, la simple elección por el consumidor del transportista no puede tener por efecto un cambio en las reglas de transmisión del riesgo, *aun cuando en estos casos pudiera afirmarse que el transporte lo encarga el consumidor*. En mi opinión, lo esencial aquí es que el transporte es preciso para la entrega al consumidor, entendida ésta como pago por parte del vendedor. De otra forma sería muy fácil para el vendedor exonerarse de responsabilidad por los daños sufridos por los productos durante el transporte alegando sencillamente que éste fue «encargado por el consumidor».

no habría razón para entender que el riesgo se haya transmitido al comprador (NICHOLAS, B., «Article 67», 1987, 490; más recientemente, HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M., «Article 67», *op. cit.*, 2010, 929). Entre nuestros autores, por todos, ver OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 102-109. Ahora bien, esa independencia del transportista, aunque necesaria, no es suficiente: es preciso, además, y salvo que se haya pactado otra cosa, que las mercaderías entren en el círculo de control del comprador (GOODFRIEND, 1984, 592).

¹⁰⁸ Esta es también la idea, perfectamente lógica, que preside una adecuada interpretación del artículo 67.1 CV'80. En este sentido, ver la doctrina citada en la nota la pie anterior.

Igualmente, en el marco de la interpretación del § 2-509 UCC estadounidense, que aunque omite que el transportista deba ser independiente del vendedor, es una posición unánime en la doctrina [véase STOCKS, M. (1993), «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4, 1423).

Por todo lo anterior, tiene perfecto sentido la acción de repetición frente al transportista prevista en el último inciso del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE. Aun cuando no hubiese una previsión como ésta, una conclusión así quedaría fuera de toda duda. El fundamento de la misma sería la relación contractual que une al consumidor y al transportista.

Todo lo anterior es coherente con lo previsto en el considerando 55 de la Directiva de 2011. Este considerando pone de manifiesto la necesidad de proteger al consumidor «de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido *posesión material* de los mismos», pero cuando haya sido el consumidor el que haya organizado el transporte, la regla de transmisión del riesgo se resume en que dicha transmisión se produce, en coherencia con lo que acaba de verse, cuando el consumidor o un tercero por él designado haya adquirido control de los bienes. Los casos en que es el consumidor el que organiza el transporte son, cabalmente, los señalados arriba: cuando el consumidor lo concierta directamente con un tercero, que no es uno de los propuestos por el vendedor, y *presuponiendo que el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor profesional no exige el transporte de los bienes*¹⁰⁹.

Estas mismas conclusiones expuestas en relación al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE son trasladables también para el estudio del artículo 142 de la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea*¹¹⁰.

La idea que puede extraerse de lo que se ha explicado es que, en efecto, los remedios sinalagmáticos son un *núcleo mínimo* (régimen «primario») de cualquier régimen de distribución del riesgo contractual en sentido amplio, previendo como consecuencia directa la posibilidad de afectar el contenido de la relación obligatoria, acomodándola a la realidad *fortuitamente sobrevenida*, o en último extremo extinguiéndola. De esta forma las consecuencias del hecho fortuito no se trasladan a la parte que no tenía control sobre la prestación. Pero también puede conseguirse esta misma consecuencia, esto es, no endosar el daño que supone el hecho fortuito a la otra parte, si se permite a ésta todavía la acción de cumplimiento específico: el sobreesfuerzo que le supone al deudor, por ejemplo, preparar una segunda prestación, o reparar la ya ejecutada, materializa la idea de localizar el daño en su patrimonio. La consecuencia general es la misma que

¹⁰⁹ Carece de sentido entender que cuando el vendedor *no tiene la obligación de transportar los bienes para cumplir con su obligación de entrega*, el simple hecho de que propusiera varios transportistas para que el consumidor pueda elegir alguno sea suficiente para hacer que el vendedor responda de los daños que los bienes sufrieran durante el transporte. Es más, esto ni siquiera sería propiamente una cuestión de riesgos, sino de *imputabilidad* de los daños al vendedor por el simple hecho de haber ofrecido varias alternativas sin estar obligado a ello y haber el consumidor elegido de entre esas alternativas. Lógicamente el vendedor no puede responder en estos casos.

En el Derecho Comparado, un esquema muy similar al planteado por la Directiva 2011/83/UE en esta materia lo encontramos en los Códigos alemán (cfr. § 447.1 y § 448.1 BGB) y en el Código Civil holandés (cfr. arts. 9 a 13 del Libro 7).

¹¹⁰ Ver ZOLL, F., WATSON, J. (2012), «Article 142», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos, 605-607.

con los remedios sinalagmáticos, pero el camino seguido es muy distinto: no se trata de acomodar el contenido de la relación obligatoria a la realidad, sino acomodar la realidad al programa prestacional¹¹¹.

Distinto, pero relacionado, son los presupuestos de las *acciones indemnizatorias*, de contenido puramente pecuniario. A diferencia de lo que sucede con las acciones de cumplimiento específico, las acciones indemnizatorias deben presuponer la *imputabilidad* del hecho dañoso al círculo de competencia del deudor incumplidor, *al margen de que se exija o no culpa o negligencia en el deudor*. De otro modo, llegaríamos a un sistema de *strict liability* inflexible, que conduciría a situaciones que, en el ámbito del *Common Law*, tuvieron que corregirse mediante la construcción jurisprudencial de la doctrina de la *frustration*.

La Convención de Viena es un buen ejemplo de ello, tal y como hemos visto¹¹². La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos sigue el modelo de la Convención de Viena (cfr. art. 1209 de la citada *Propuesta*).

6. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA DEL CÓDIGO CIVIL, Y LA VENTA DE PRODUCTOS CON CONSUMIDORES

Como hemos visto, las esferas de competencia de las partes en un contrato delimitan el marco de *imputabilidad* del hecho causante del incumplimiento. En relación con todos aquellos *sucesos* o *impedimentos* ajenos a estas esferas, y que determinan un incumplimiento objetivamente considerado, existen para el Legislador dos opciones:

- a) No prever diferencia alguna entre el incumplimiento subjetivamente imputable y el que no lo es, de manera que estaríamos ante un sistema de responsabilidad contractual basado íntegramente en una noción objetiva de incumplimiento como fuente de responsabilidad contractual.
- b) Diferenciar una y otra forma de incumplimiento, previendo consecuencias distintas para ambas. Ello daría lugar a un régimen «primario» de distribución del riesgo (incumplimiento objetivamente considerado) y un régimen «especial» de distribución del riesgo, esto es, un conjunto de previsiones que suponen un desplazamiento del régimen «primario»

¹¹¹ Este segundo modelo de articulación del riesgo contractual es quizá menos evidente que el primero. Algunos autores sólo conciben la disciplina de los riesgos desde los remedios sinalagmáticos, y no más allá. Es el caso de CALVÃO DA SILVA [ver en CALVÃO DA SILVA, J. (2003), *Venda de Bens de Consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. Directiva 1999/44/CE. Comentário*. Coimbra: Almedina, 76-77].

¹¹² Entre nosotros, una propuesta similar al modelo de la Convención la ha sostenido PANTALEÓN, F. (1993), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1723.

en atención a que el incumplimiento es un incumplimiento *cualificado*: incumplimiento *no subjetivamente imputable*.

Tradicionalmente, con base en el artículo 1452 del Código Civil, se ha entendido en el marco de la compraventa del Código Civil, que la cosa perece o se menoscaba para el comprador (*res perit emptori*) cuando por caso fortuito la cosa se pierde o se desmejora en el espacio de tiempo que hay desde la celebración del contrato hasta la entrega de la cosa.

No han faltado críticas a una solución como ésta, que por otro lado no es exclusiva de nuestro Derecho. Von Thur ya calificó de «anormal» la regla *res perit emptori*, en referencia a los Derechos alemán y suizo¹¹³. Entre nosotros, y sobre la base de lo perturbador que pudiera ser la regla *periculum est emptoris*, se ha procurado tradicionalmente marginar lo máximo posible el ámbito del artículo 1452 del Código Civil, base de dicho principio¹¹⁴.

¿Es compatible la tradicional regla *res perit emptori* con el sistema previsto en la Directiva 1999/44/CE, y por extensión, con el sistema de responsabilidad de los artículos 114 a 127 TRLGDCU'07?

Como vimos, el considerando 14 de la Directiva afirma que la referencia a la fecha de entrega como momento en el que los productos deben reunir los requisitos de conformidad, «no supone que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos». Si entendemos que lo que se quiere decir es que en el ámbito de aplicación considerado tiene cabida un sistema en el que la pérdida o daño del producto, producidos *antes* de la entrega, debe soportarlos el consumidor, esta conclusión es incoherente con el régimen de responsabilidad diseñado.

¹¹³ VON THUR, A., «Tratado de las obligaciones», *ob. cit.*, 350.

¹¹⁴ Por un lado, se propuso distinguir tres fases en la compraventa: la fase de *emptio contracta*, la fase de *emptio perfecta* y la fase de *emptio consumpta*. Por todos, ROCA SASTRE, R. M. (1948), «El riesgo en el contrato de compraventa», en ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*. Vol. I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 396.

También Cossío concluyó que la aplicación indiscriminada del principio *res perit emptori* lleva a consecuencias injustas; por ello, cuando la entrega del bien esté aplazada, el riesgo corresponde a aquel a cuyo favor se produjo el aplazamiento expresa o implícitamente (Cossío, 1953, 597-621). Más tarde también GULLÓN se adhiere a la tesis de Cossío, calificándola de «solución más acertada al problema de los riesgos», GULLÓN, 1968, 35).

En otro sentido, pero con la misma finalidad de restringir el ámbito del 1452 del Código Civil, se propuso diferenciar el *perecimiento* de la prestación, y el *menoscabo* de la misma (por todos, Díez-PiCAZO, L., en las primeras ediciones de sus Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, Tecnos, 1970, 855). No obstante, para una crítica a la diferenciación, en esta sede, entre pérdida total, por un lado, y daño o menoscabo, por otra, ver la obra de ABRIL CAMPOY (ABRIL CAMPOY, 2011).

En relación a la obligación que pesa sobre el empresario o profesional de entregar productos conformes con el contrato, la responsabilidad por su incumplimiento no exige más, que el producto no sea conforme con el contrato al momento de su entrega. A lo que ahora interesa, parecen claras dos ideas fundamentales:

- a) La primera es que la falta de conformidad del producto con el contrato es un tipo de *incumplimiento* objetivo. Su existencia exige simplemente valorar si el producto entregado se ajusta al debido *ex contractu* (cfr. art. 116 TRLGDCU'07). No requiere ninguna valoración de diligencia en el deudor, ni ningún otro juicio de imputabilidad.
- b) La segunda consiste en que las acciones especialmente previstas en favor del consumidor para el incumplimiento que supone la falta de conformidad al contrato (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución), no requieren ninguna de ellas más que se produzca el tipo de incumplimiento «falta de conformidad al contrato», al margen de que éste pueda serle subjetivamente imputable al empresario o profesional.

En mi opinión, el régimen de responsabilidad contractual previsto para el empresario y profesional en el Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, sería un régimen de responsabilidad contractual completamente basado en una noción objetiva de incumplimiento en el que no tendría sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo (ni por tanto la pregunta por el reparto del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito como algo distinto del incumplimiento responsable), de no ser por lo dispuesto en el artículo 117, en concreto en su segundo párrafo. De no ser por esta disposición, no habría espacio para la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento como algo distinto a la pregunta por el incumplimiento mismo (a su vez fuente de responsabilidad).

Lo que más arriba hemos llamado régimen «primario» de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito (que son formas, objetivamente consideradas, de incumplimiento), viene constituido por la posibilidad de ejercitar las acciones de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato. No se prevén reglas de distribución «especial» del riesgo que pudieran desplazar el régimen «primario» anterior, y la posibilidad de preverlas por la autonomía de la voluntad sólo es posible en cuanto supongan una mejora de la posición del consumidor (cfr. art. 10 TRLGDCU'07). Por último, el régimen de responsabilidad por incumplimientos subjetivamente imputables al empresario o profesional viene determinado por las acciones de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución (arts. 118 y sigs. TRLGDCU'07), más las acciones indemnizatorias procedentes (art. 117-2.º TRLGDCU'07). Por tanto, *habrá incumplimientos que, por no ser subjetivamente imputables al empresario o profesional, parte de sus consecuencias habrán de ser soportadas finalmente por el consumidor.*

No toda circunstancia que origine en el producto una falta de conformidad con el contrato, es una circunstancia *imputable al vendedor profesional*. Lo será así, si debe entenderse que tal circunstancia estaba comprendida en su círculo de competencia, no en otro caso. Por tanto, que el consumidor pueda ejercitar los remedios previstos ante una falta de conformidad sólo depende de que la misma exista en el momento de la entrega, al margen de cualquier juicio de imputabilidad al profesional, lo cual sólo podría tener valor en materia indemnizatoria, y no en si puede exigirse, por ejemplo, la reparación o la sustitución.

En mi opinión, el que la falta de conformidad tenga su origen en el proceso productivo, dependiente del fabricante, y en el que el vendedor no participa, no convierte por ello la falta de conformidad en un *suceso* extraño a efectos del artículo 1105 del Código Civil a efectos de imputabilidad el daño¹¹⁵.

De lo explicado hasta aquí, parece que puede concluirse que la regulación del Título V del Libro segundo del TRLGDCU'07 ha supuesto, *en su ámbito de aplicación*, una reestructuración de la categoría clásica de los *riesgos*, en el sentido técnico del concepto, en la compraventa regulada en el Código Civil¹¹⁶. Sin embargo, conviene seguir profundizando en la materia, por lo que se explica a continuación.

En líneas generales, como hemos visto, puede afirmarse que los círculos de control de cada una de las partes definen positivamente los supuestos de los que deben responder, y negativamente, aquello que no le es imputable. La aplicabilidad para un negocio concreto de un régimen específico del reparto del riesgo en realidad sólo supone un desplazamiento de las consecuencias que un acontecimiento, no imputable a ninguna de las partes, supone en sede de exigibilidad de las prestaciones, en comparación con las consecuencias a las

¹¹⁵ Esta cuestión fue objeto de discusión en el estudio de la Convención de Viena, en orden a determinar si el artículo 79 cubre los supuestos de faltas de conformidad de las mercaderías que son imputables al fabricante o suministrador del vendedor, y que razonablemente no pudieron ser descubiertas por el vendedor. Aunque STOLL y GRUBER (STOLL, H., GRUBER, G., *Article 79*, 2005, 806-837) han defendido que en tales casos el vendedor podrá exonerarse de responsabilidad indemnizatoria *ex* artículo 79.1, la mayor parte de la doctrina ha sostenido lo contrario. Como ha apuntado LEE, el elemento de ajenidad al círculo de control del deudor que gobierna la idea de impedimento *ex* artículo 79 CV'80 impide incluir esta causa de incumplimiento dentro del radio de dicho precepto, pues no se trata de un elemento *externo* a la esfera de control del vendedor (LEE, 1990, 390). Para una explicación de la cuestión, véase, sosteniendo el parecer mayoritario, FLECHTNER, 2007, 33-41: no puede decirse que se trate éste de un hecho que «no sea razonablemente previsible», esto es, un evento altamente inusual que no pueda ser razonablemente tenido en cuenta al tiempo de celebración del contrato. Sosteniendo también la línea mayoritaria, véase el comentario de SCHWENZER, *Article 79*, 2010, 1065-1066.

¹¹⁶ En sentido contrario parece haberse pronunciado FUENTESECA DEGENEFEE (FUENTESECA, 2010, 167-168).

que hubiesen conducido los remedios que antes hemos llamado «sinalagmáticos» (resolución, y reducción proporcional de las prestaciones) y que de no existir ese régimen específico de reparto del riesgo, hubiesen sido aplicables. La diferencia de que exista o no un régimen específico sólo tiene reflejo en las consecuencias, *no en la delimitación del presupuesto de aplicación*, pues en ambos casos es el mismo: un perjuicio al objeto de la prestación por causas no imputables a ninguna de las partes. Cuando se conocen antes de la contratación *las consecuencias* ligadas al acontecimiento de hechos incontrolables y razonablemente (*eficientemente*) no contemplados dentro de los círculos de control de las partes, no existen problemas de seguridad jurídica, porque es posible un cálculo *ex ante* de costes (incluyendo el riesgo) y beneficios.

No ocurre lo mismo cuando la aplicabilidad del régimen depende *exclusivamente* de un hecho fortuito, y no de aspectos de imputabilidad. En los supuestos anteriores, las partes pueden tener la certeza de que, el incumplimiento (objetivamente considerado) de la prestación por caso fortuito tiene unas consecuencias, porque se tiene la certeza de que, si el incumplimiento es imputable, las consecuencias están también determinadas. Cualquier otro modelo por el cual se condicione la aplicabilidad de un régimen de reparto del *periculum obligationis* a aspectos distintos de la imputabilidad del incumplimiento debe descartarse.

Esto es lo que sucedería si se pretende someter, por ejemplo, el supuesto de *menoscabo* fortuito a un régimen distinto del supuesto de *pérdida total* fortuita. En estos casos, la aplicabilidad de un régimen u otro depende *exclusivamente* de un hecho enteramente fortuito (al menos así hay que considerarlo en el marco del contrato a cuya prestación afecta), tanto en su acaecimiento como en su intensidad (sólo produce el menoscabo, o produce su total destrucción). Afirmar, por ejemplo, que si la prestación sólo se daña *periculum est venditoris* (de manera que el vendedor no recibe el precio, o sólo parte de él entregando el bien dañado), y si se destruye totalmente *periculum est emptoris* (de manera que el comprador pierde tanto el precio como la cosa), introduce cotas de inseguridad sólo salvables mediante una negociación previa entre los contratantes, lo que significa admitir en definitiva que el régimen legal no es apropiado. Y no lo es porque la diferencia de tratamiento no toma por base el fundamento mismo de la institución: la imputabilidad o no de la insatisfacción del acreedor de la prestación que se pierde o se menoscaba.

Si invertimos las reglas que se han planteado en el ejemplo anterior, la conclusiones críticas a las que se llega son en realidad las mismas: si suponemos que en caso de menoscabo *periculum est emptoris* (de modo que el comprador debe pagar la totalidad del precio aunque reciba un bien dañado) y en caso de pérdida total, *periculum est venditoris* (de modo que el comprador no recibe el bien, pero tampoco paga el precio, que lo perdería el vendedor), la única diferencia con el ejemplo anterior es que la solución está más próxima, para los casos más graves (pérdida total de la prestación), a la solución a la que se llegaría de aplicar directamente los remedios sinalagmáticos, y en este sentido, en una regulación como la dispuesta *literalmente* en el artículo 1452 de nuestro Código Civil, *lege ferenda* es sin duda preferible a la regla *res perit emptori* tanto para el caso de pérdida

como de menoscabo (que es la que, al parecer de nuestra doctrina, es la que rige en la compraventa del Código Civil), pero deja sin explicar la razón por la que habría que afirmar una regla distinta en caso de menoscabo. En otras palabras: una diferenciación como la propuesta en este ejemplo, si es preferible a la propuesta en el ejemplo anterior, es simplemente atendiendo a las consecuencias a las que conduce, pero no por ningún otro motivo.

Visto por tanto, no sólo que lo deseable es que el régimen por pérdida o menoscabo fortuitos de la prestación responda a la misma orientación (como ocurre cuando deban aplicarse los remedios «sinalagmáticos» en ausencia de una regla especial de reparto del *periculum obligationis*), debe abordarse la siguiente cuestión, que no podemos ignorar aquí: como sabemos, la idea de *falta de conformidad con el contrato* no abarca cualquier tipo de incumplimiento. Marcadamente, tal y como vimos al comienzo de este trabajo, la total ausencia de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor no es *falta de conformidad con el contrato*.

Sobre la base de esto, y teniendo presente la conclusión más arriba explicada en virtud de la cual la transposición de la Directiva 1999/44/CE a nuestro Ordenamiento ha supuesto la inversión de nuestra regla tradicional *periculum est emptoris* por efecto de la idea de *conformidad con el contrato* y su opuesto *falta de conformidad*, y en consecuencia, *en el ámbito en el que estos últimos conceptos operan*, cabe hacerse la siguiente reflexión: «Cuando antes de la entrega del producto al consumidor aquél se daña, dicho daño debe ponerse a cargo del empresario o profesional, le sea o no imputable, porque objetivamente la entrega de ese producto supone una falta de conformidad con el contrato. ¿Sucedec lo mismo cuando se produce una pérdida total fortuita del producto antes de su entrega al consumidor? Este caso habría que tratarlo como ausencia total de cumplimiento, no de falta de conformidad¹¹⁷. Puesto que no habría falta de conformidad, y en consecuencia no estamos dentro del radio de acción del régimen previsto para las mismas, ¿sería aplicable la regla tradicional *res perit emptori*?» En mi opinión, la respuesta a este interrogante debe ser *negativa*. La razón de ello es que, concluir en un sentido distinto, conduciría a una diferenciación de tratamiento en el sentido en que se ha explicado más arriba, esto es, sobre una base totalmente ajena a la imputabilidad o no del suceso a alguno de los contratantes^{118 119}.

¹¹⁷ Ver SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2006), «La obligación de saneamiento por vicios», *ob. cit.*, 68.

¹¹⁸ En este sentido, debe compartirse las tesis sostenidas por MORALES MORENO y MARTÍN ARESTI, en el sentido de no diferenciar, en este ámbito, pérdida y menoscabo fortuito (MORALES MORENO, 2006, 171; MARTÍN ARESTI, 2010, 58-59).

¹¹⁹ Esto no significa necesariamente concluir que la falta de entrega del producto deba calificarse como «falta de conformidad con el contrato». De hecho, la aplicabilidad del régimen

La futura transposición de la Directiva 2011/83/UE supondrá abordar el tratamiento del riesgo más allá de la idea de *conformidad con el contrato*. El artículo 20 de dicha Directiva dispone lo siguiente: «*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*». El radio de acción de la Directiva de 2011 es mayor que el de la Directiva 1999/44/CE, pues no se circunscribe al incumplimiento que supone la falta de conformidad del producto con el contrato, sino que se extiende a cualquier menoscabo de los productos, e incluye además la pérdida total de los mismos (falta de entrega). Por ello, esa futura norma transpositiva habría de abarcar *cualquier incumplimiento* objetivamente considerado, sea o no reconducible al concepto de *falta de conformidad con el contrato*.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA VENTA DE PRODUCTOS A CONSUMIDORES

Como ya se ha señalado, no hay ninguna razón para considerar las normas de Derecho positivo que disciplinan la transmisión del riesgo como normas imperativas. La autonomía de la voluntad puede, por tanto, desplazarlas. Esta idea, que es válida a nivel general habida cuenta de la naturaleza de la materia (exclusivo interés jurídico-privado en la configuración de la situación contractual de las partes), sin embargo cabe cuestionarla en el tráfico de productos con consumidores gobernado por el Título V del Libro segundo TRLGDCU'07.

La cuestión merece ser planteada teniendo en cuenta que el origen de dicha regulación es, como sabemos, la transposición de la Directiva 1999/44/CE, la cual, aun cuando prevé como derecho mínimo que los bienes deben ser conformes al contrato al tiempo de la entrega (art. 2.1), y que el vendedor responderá de cualquier falta de conformidad que exista en tal momento (art. 3.1), sin embargo no sólo no prevé disposición alguna en relación al momento de la transmisión del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos, sino que de forma expresa el considerando 14 pone de manifiesto que las referencias en el articulado a la fecha de entrega «no suponen que los Estados deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos».

del Libro segundo, Título V, TRLGDCU'07 a este supuesto no aporta nada a la protección que a todo comprador le otorga el régimen general previsto en el Código Civil.

Esta situación ha hecho que en el ámbito de algunos Ordenamientos, aun cuando los mismos prevén una disposición específica, a raíz de la transposición de la Directiva de 1999, en virtud de la cual el riesgo se transmite al consumidor con la entrega, se haya afirmado que tal regla es *dispositiva*, y que una interpretación por la que se permita esta posibilidad no supone asumir que tal Ordenamiento incumple el Derecho Comunitario. Así se ha concluido, en concreto, por algún autor británico, aun cuando el nuevo apartado 4 de la secc. 20 SGA'79 prevé el total desplazamiento para los casos de venta a consumidor, de la regla general *res perit domino*. Así, BRIDGE ha concluido que de la Directiva 1999/44/CE no se derivan razones que impidan a las partes la transmisión del riesgo al consumidor *antes* del momento de la entrega. Ahora bien, el mismo autor entiende que debe reconocerse una excepción, y es cuando la fijación de un momento de transmisión del riesgo al consumidor *antes* de la entrega se prevea mediante condiciones generales de la contratación¹²⁰.

En mi opinión, creo que hay razones suficientes para negar la posibilidad planteada por BRIDGE, no sólo en relación a nuestro Derecho, sino también desde una interpretación sistemática de la Directiva de 1999.

Téngase presente que, en cualquier caso, la transposición de la Directiva 2011/83/UE solucionará la cuestión, al menos en los casos en que la entrega al consumidor implique el transporte de los bienes al preverse que la transmisión del riesgo al consumidor se producirá con la entrega de la cosa al consumidor (cfr. art. 20. Véase también el considerando 55).

Creo que todo lo que se ha explicado en las páginas anteriores permite concluir que las hipótesis en que cabe preguntarse por el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos, en los que a su vez tiene sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo, son supuestos de *incumplimiento*, cualificados por las circunstancias que lo producen, y con el fin de evitar, en todo o en parte, las consecuencias que *de otro modo* conllevaría para el deudor, en términos de responsabilidad frente a su acreedor. Afirmar que en el marco del sistema de la Directiva de 1999 se permite a las partes referenciar a un momento anterior al de la entrega de la cosa el momento en que el riesgo se transmite del vendedor al consumidor, es lo mismo que decir que a las partes les está dado desplazar, en perjuicio del consumidor, el comportamiento solutorio del vendedor en cuanto a su responsabilidad en forma de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución.

Sin embargo, tal vez en el marco del sistema mínimo de responsabilidad previsto en la Directiva, quepa un acuerdo de transmisión del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos en lo referente *exclusivamente a la responsabilidad indemnizatoria complementaria* a las acciones previstas en su artículo 3.2 (las ya señaladas de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución). Su

¹²⁰ BRIDGE, M. (2010), «Risk and frustration», *ob. cit.*, 310.

posibilidad en un caso concreto cabría entonces en la medida en que ello pudiera permitirlo el derecho interno (cfr. art. 8.1 de la Directiva de 1999: «los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual»). Esta posibilidad, a mi juicio, también viene impedida en nuestro Ordenamiento *ex* artículo 10, en relación con el artículo 117-2.º, ambos del TRLGDCU'07.

CONCLUSIONES

I. Todas aquellas objetivas insatisfacciones del derecho de crédito que tengan su origen en la esfera de control de una de las partes, en principio son *subjetivamente imputables* a aquella de las partes a quien le correspondía la gestión de ese círculo en el que se produjo la causa de la insatisfacción.

II. La cuestión sobre la distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación es una pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. Y la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, como requisito de responsabilidad, sólo tiene sentido plantearse cuando puede responderse a ella negativamente, exonerando de responsabilidad a aquel que, de otra forma, hubiese sido declarado responsable en términos de causalidad material.

III. Un sistema de responsabilidad contractual «estricto», en el que el deudor responde completamente por el simple hecho de no llevar a cabo el cumplimiento, no precisa de un régimen de distribución del riesgo en el sentido que aquí interesa (la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento carece de utilidad); y si lo previese, no sería más que una vía de escape de ese régimen de responsabilidad estricto, un paliativo del mismo, con el fin, en teoría, de evitar resultados desproporcionados o injustos desde un punto de vista de política legislativa.

IV. No es posible hablar de «riesgo» por pérdida o menoscabo fortuito sin una idea de incumplimiento totalmente desprendida de prejuicios de imputabilidad subjetiva. Sólo de este modo, la respuesta a la pregunta de si hay o no incumplimiento no supone responder simultáneamente a la cuestión de si éste es o no imputable al deudor, distinguiéndose así los casos de incumplimiento *subjetivamente imputable*, e incumplimiento *no subjetivamente imputable*.

V. El conjunto de acciones que se reconocen al acreedor que sufre un incumplimiento no subjetivamente imputable al deudor, delimita la distribución «primaria» del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. De *lege ferenda*, ese mínimo debe comprender, al menos, los remedios sinalagmáticos en favor del acreedor insatisfecho (resolución - rebaja proporcional de la propia prestación).

VI. La experiencia jurisprudencial británica y norteamericana de finales del siglo XIX pone de manifiesto que la interpretación entre nosotros clásica de la facultad resolutoria ante el incumplimiento, con pretendida inspiración romanista, no era la única interpretación posible.

VII. La regulación típica de un contrato es una preconfiguración de la situación jurídica de las partes, considerando el fin socio económico del contrato (causa). Para cada fin distinto (causa distinta), el Legislador tiene la posibilidad de ofrecer una regulación típica, una preconfiguración, de la situación jurídica de las partes. Esta preconfiguración, atendida la causa, no deja de ser una mera *posibilidad lógica* de la situación jurídica de las partes, y no impide cualquier otra dentro de la consecución de la misma causa (dentro del mismo tipo contractual).

VIII. Si la vinculación de las partes en la posibilidad típica tiene su justificación en la consecución del fin típico del contrato (causa), imposibilitado dicho fin, afirmar que el contrato debe seguir obligando en su forma típica no deriva de una necesidad de coherencia del sistema: imposibilitado el fin típico del contrato, y siendo las prestaciones manifestación de la causa del contrato (la causa justifica las prestaciones y les da el sentido correspondiente al tipo contractual que los justifica), decir que *ese mismo contrato* sigue vinculando en el sentido de que puede seguir siendo fuente de derechos y obligaciones de las partes no responde, en estos casos, a una *necesidad de lógica jurídica*. Ello sólo puede afirmarse en aquellos casos en que la vinculación a la forma típica ha sido por voluntad *positiva* de las partes, bien porque *expresamente* lo han acordado pase lo que pase, bien porque, y esto será lo más probable, habiendo considerado el evento no previeron una consecuencia para su acaecimiento distinta de la típica que, por tanto debe regir implícitamente: ello supuso de hecho una distribución implícita del riesgo en relación a ese evento.

IX. Aquellos eventos que siendo imprevisibles al tiempo de contratar, resultan razonablemente evitables por el deudor, entran dentro, por ese solo hecho, de su círculo de competencias, y por tanto, de su círculo de imputabilidad, porque desde ese momento no puede decirse que los eventos sean extraños a su esfera de control.

X. En relación con los eventos imprevisibles e inevitables, el daño permanecerá en el patrimonio de aquella de las partes bajo cuyo control estaba el objeto de la prestación, pero no porque lo merezca pues se parte de que el hecho que supone el daño a la prestación no le es imputable, sino como una consecuencia necesaria de tener cerrada la posibilidad de endosar o trasladar ese daño a la otra parte, salvo que existiese una regla (normativa o resultante de la autonomía de la voluntad) que previese otra cosa.

XI. La atribución del dominio no es un criterio apropiado de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación.

XII. El régimen de responsabilidad contractual previsto para el empresario y profesional en el Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, sería un régimen de responsabilidad contractual completamente basado en una noción objetiva de incumplimiento en el que no tendría sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo (ni por tanto la pregunta por el reparto del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito como algo distinto del incumplimiento responsable), de no ser por lo dispuesto en el artículo 117, en concreto en su segundo párrafo. De no ser por esta disposición, no habría espacio para la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento como algo distinto a la pregunta por el incumplimiento mismo. El paralelismo en este punto con la regulación de la Convención de Viena de 1980, con los trabajos de lo que podría llamarse *Derecho Europeo Uniforme*, y con los trabajos desarrollados entre nosotros en el seno de la Comisión General de Codificación, es evidente, y todos ellos responden a una lógica similar, apropiado de *lege ferenda*.

XIII. Aun en el marco del Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, no puede someterse la distribución del riesgo por pérdida total del producto, por un lado, y el menoscabo fortuito del mismo, por otro, a criterios distintos, aun cuando la *falta de conformidad* como tipo de incumplimiento contractual no comprenda la falta de entrega del producto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (2011): *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ALBALADEJO, M. (1970): *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Parte general*. Barcelona, Bosch.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002): «Un nuevo Derecho de Obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002, fasc. III.
- ANDERSON, R. R. (1987): «Incidental and consequential damages», en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 7, 1987, 327-476.
- AVILÉS GARCÍA, J (2006): *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares.
- (2009): «§ 12. Contratos con finalidad traslativa del dominio. B) Compraventas de productos de consumo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.); MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S. (coords.), *Tratado de contratos*. Tomo II. Valencia, Tirant lo Blanch.
- BADOSA COLL, F. (1991): «Artículo 1096», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.

- (1991) «Artículo 1182», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
- (1991): «Artículo 1101», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
- BAR, C. VON; CLIVE, E. (eds.) (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Oxford. Oxford University Press, Vol. 2.
- BEATSON, J.; BURROWS, A., CARTWRIGHT, J. (2010): *Anson's Law of contract*. Oxford: University Press.
- BIANCA, C. M. (1975): Voz «Vendita (diritto vigente)», en AZARA, A., EULA, E., *Novissimo Digesto Italiano*. Unione Tipografica - Editrice Torinese, Tomo XX.
- (1987) «Article 36», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milán: Giuffrè.
- (2006): «La vendita dei beni di consumo. Note introduttive», en *Le nuove leggi civili commentate*. Fasc. 2.
- BLACKBURN (1887): *A treatise on the effect of the contract of sale on the legal rights of property and possession in goods, wares, and merchandise*. Philadelphia: The Blackstone Publishing company.
- BRIDGE, M. (2007): *The International sale of goods. Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press.
- (2009): *The sale of goods*. Oxford: University Press.
- (2010): «Risk and frustration», en BRIDGE, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods*. Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2007): «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, fasc. II.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1985): «El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV.
- (1998): «Artículo 66 - Artículo 70», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas.
- CALAMARI, J. D., PERILLO, J. M. (1998): *The Law of Contracts*. St. Paul: West Group.
- CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. (2006): *Droit de la consummation*. París: Dalloz.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2003): *Venda de Bens de Consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. Directiva 1999/44/CE. Comentário*. Coimbra: Almedina.
- CANARIS, C. W. (2005): «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuevo diritto delle *leistungsstörungen*», en *Revista di Diritto Civile*, gennaio-febbraio, traducción italiana a cargo de Giovanni de Cristofaro.
- CARTER, A. T. (1902): *Elements of the law of contract*. London: Sweet and Maxwell.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1927): *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II, segunda edición, revisada y ampliada. Madrid, Reus.
- (1939): *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II, vol. I. Madrid, Reus.

- CASTILLA BAREA, M. (2010): «Comentario a la STS de 10 de marzo de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril.
- CASTRO, F. DE (1985): *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas.
- CHALMERS (1981): *Chalmers' Sale of Goods Act 1979 including the factors acts 1889 & 1890*. Eighteen Edition by Michael Mark, with assistance from Jonathan Mance. Londres: Butterworths.
- COESTER-WALTJEN, D. (2005): «The New Approach to Breach of Contract in German Law», en COHEN N., MCKENCRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford - Portland: Hart Publishing.
- COLLINS, H. (1997): *The Law of Contract*. London: Butterworths.
- COSSÍO, A. (1953): «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compra-venta de cosas genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VI, fasc. III, julio-septiembre.
- DAVIES, F. R. (1986): *Contract*. London: Sweet & Maxwell.
- DAVIES, I. (1996): *Sale and Supply of Goods*. London: FT Law and Tax.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1970): «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, Tecnos.
- (1979): *Estudios sobre jurisprudencia civil*. III tms. Tomo I. Madrid, Tecnos, 1973 (reimpresión de 1979).
- (2003): «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fasc. IV, octubre-diciembre.
- (2008): «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». III tms. Tomo II, *Las relaciones obligatorias*. Madrid, Thomson-Civitas.
- EISELEN, S. (2006): «Specific Performance and Special Damages». MACQUEEN, H., ZIMMERMANN, R. (eds.), *European contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edimburgo: Edinburgh Univesity Press.
- ENNECCERUS, L. (1933): «Derecho de Obligaciones», undécima revisión por Heinrich LEHMANN. Segundo tomo, primera parte, en ENNECCERUS, L.; KIPP, T., WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER. Barcelona, Bosch.
- ERAUW, J. (2005-2006): «CISG articles 66-70: the risk of loss and passing it», en *Journal of Law and Commerce*, 25.
- ERAUW, J. (2011): «Article 67», en KRÖLL, S.; MISTELIS, L., PERALES VISCASILLAS, P. (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck - Hart - Nomos.
- ESPÍN, D. (1978): «Manual de Derecho Civil español». Vol. III. *Obligaciones y contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- FENOY PICÓN, N. (2010): «Artículo 1488», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova.
- (2010): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, fasc. I.
- (2011): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, fasc. IV.

- (2013): «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en SCHULZE, R., ZOLL, F. (eds.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*. Múnich: Sellier European Law Publishers.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. (1965): «¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?», en *Anuario de Derecho Civil*.
- FLAMBOURAS, D. P. (2011): «Amendments in the Sale of Goods Act 1979 following the implementation of Directive 1999/44/EC in the United Kingdom», en *Revue Hellenique de Droit International*, núm. 64.
- FLECHTNER, H. (2007): «Article 79 of the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach test: the homeward trend and exemption for delivering non-conforming goods», en *Pace International Law Review*, 19, 29-51.
- FLUME, W. (1998): *El negocio jurídico*. Traducción por José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- FRANCESCHI, A. DE (2009): «La sostituzione del bene “non conforme” al contratto di vendita (a proposito di C. Gius. CE, 17 aprile 2008, C-404/06)», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 5.
- FUENTESeca DEGENEFFE, C. (2010): *Pérdida y deterioro de la cosa debida antes y después de la entrega en el contrato de compraventa*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Fundación Registral.
- (2012): «Pérdida y deterioro de la cosa debida en el contrato de compraventa: su tratamiento en el *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en GÓMEZ LAPLAZA, M. del C. (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*. Madrid, Dykinson.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. IV tms. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GÓMEZ CALLE, E. (2012): «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. I.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007): «El incumplimiento contractual en el Derecho español», en *Indret* [en línea] julio. Disponible en www.indret.com.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M. (1871-1872): *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Madrid, Cárlos Bailly-Builler. Tomo dos.
- GOODFRIEND, D. E. (1984): «After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 22, 575-606.
- GREGORIO, M. DE (2005): «Impossible performance of excused performance?» Common misake and frustration alter *Great Peace Shipping*. *The King's College Law Journal*, 69, 69-98.
- GREWAL, S. S. (1991): «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the

- U.C.C., and the British Sale of Goods Act», en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 14.
- GRUNDMANN, S. (2004): «La nuova disciplina della compravendita: la violazione dell'impegno contrattuale», en CIAN, G. (coord.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligación e dei contratti?* Padua: CEDAM.
- GULLIFER, L. (2000): «Risk», en MCKENDRICK, E. (ed.), *Sale of goods*. Londres - Hong Kong: LLP.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1968): «Curso de Derecho Civil», en *Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, Tecnos.
- HALL, C. G. (1984): «Frustration and the question of foresight», en *Legal Studies*, 4, 300-307.
- HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010): «Article 67 - Article 70», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- HEINECCIO, J. G. (1789): *Elementa Juris Naturae et gentium*. Editio secunda matritensis. Sumptibus Placidi Barco Lopez..
- (1824): *Recitationes in elementa Juris Civilis secundum ordinem institutionum*. Se ha manejado la edición de Venecia: Haeredes Balleonios.
- HELDRIK, A., REHM, G. M. (2005): «Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code», en COHEN, N., MCKENCRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford - Portland: Hart Publishing.
- HONDIUS, E. (2006): «The Notion of Consumer: European Union versus Member States», en *Sydney Law Review*, 28, 89-98.
- HONNOLD, J. O. (1989): *Documentary history of the Uniform Law of International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- HOWELLS, G. T., TWIGG-FLESNER, C. (2005): «Molto rumore per nulla? L'attuazione della Direttiva 99/44/CE nell'ordinamento inglese», en ALESSI, R. (coord.), *La vendita di beni di consumo*. Milán: Giuffrè. Traducción al italiano a cargo de R. ALESSI y A. GEMMA.
- HUBER, P. (2009): «Article 7.3.6», en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press.
- KAREN POPE, P. (1975): «Uniform Commercial Code - Risk of loss», en *Arkansas Law Review*, 28.
- KLEINHEISTERKAMP, J.: «Article 7.1.7», en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press.
- KRÜMMEL, T., D'SA, R. (2001): «Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonised European Union consumer protection», en *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, junio.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984): *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*. Barcelona, Librería Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A. (et al.) (2007): «Elementos de Derecho Civil». Tomo II, «Derecho de Obligaciones», vol. primero, *Parte general. Teoría general del contrato*. Madrid, Dykinson.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007): *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*. Madrid, Fundación Registral - Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- LIU, C. (2011): *Remedies in International Sales. Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*. Nueva York: JurisNet, LLC.
- LOMBARDI, E. M. (2010): *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*. Milán: Giuffrè.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (1991): «Artículo 1452». PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
- LUMINOSO, A. (2003): «Profili applicativi», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*. Vol XXXI. BIN, M.; LUMINOSO, A. (coords.), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*. Padova: CEDAM.
- MAJO, A. DI (2004): «La nuova disciplina della risoluzione del contratto (*Rücktritt*)», en CIAN, G. (coord.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM.
- MALARA, M. (2003): «Commento al comma 5. art. 1519-ter (conformità al contratto)», en GAROFALO, L. (coord.), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*. Padova: Giuffrè.
- MALEY, K. (2009): «The limits to the conformity of goods in the United Nations convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)», en *International Trade and Business Law Review*, 12.
- MANRESA y NAVARRO, J. M. (1908): *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004): *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, II Tms.
- (2009): «Artículo 114», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters.
- MARKESINIS, Sir B.; UNBERATH, H., JOHNSTON, A. (2006): *The German Law of Contract. A comparative Treatise*. Oxford - Portland: Hart Publishing.
- MARTÍN ARESTI, P. (2010): *Las garantías de los productos de consumo*. Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters.
- (2011): «Título V. Garantías y servicios posventa», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Madrid, Iustel.

- MASSARA, T. DALLA (2007): «Art. 135 C. Cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo», en *Rivista di Diritto Civile*. Fasc. 2, marzo-abril.
- MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, J., CHABAS, F. (1998): «Leçons de Droit Civil». Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. Paris: Montchrestien, 9.^e édition par Michel de Juglart.
- McKENDRICK, E. (2000): «Remedies for the buyer», en McKENDRICK, E., *Sale of goods*. Londres - Hong kong: LLP.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D. (2005): «Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1989): «Artículo 1124», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. 1.º Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. Madrid, EDESA.
- (1998): «Artículo 82», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, Civitas.
- MORALES MORENO, A. M.: «Artículo 1484 - Artículo 1490», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
- (1998): «Artículo 36», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, Civitas.
- (2003): «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre.
- (2004): «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en LETE ACHIRICA, J., *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*. Universidade de Santiago de Compostela.
- (2006): *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Madrid, Civitas.
- (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid, Civitas - Thomson Reuters.
- MOŽINA, D. (2012): «Article 159 - Article 165», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.
- NATUCCI, A. (2010): «Considerazioni sul principio *res perit domino*», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1.
- NICHOLAS, B. (1987): «Article 66 - Article 70», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milán: Giuffrè.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000): *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA (2001): «Artículo 706», en OLIVA SANTOS, A. DE LA; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Civitas.

- OMODEI-SALÈ, R. (2004): *In rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*. Padova: Cedam.
- ORTI VALLEJO, A. (2002): *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: Comares.
- (2002): «La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66.
 - (2003): «La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A. M., PANTALEÓN PRIETO, F., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C. (2011): «Capítulo 6. Libro IV. A. Compraventa», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*. Barcelona, Bosch.
- PANTALEÓN, F. (1991): «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*.
- (1993): «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2006): *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Con un estudio preliminar, notas y concordancias*. Madrid, Colegios Notariales de España.
- PINTÓ RUIZ, J. J. (1953-1954): «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto, 1953; septiembre-octubre, 1953; enero-febrero, 1954
- (1976): «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*. Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II.
- PONZANELLI, G. (1989): «Artículo 79». BIANCA, C. M. (coord.), «Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», en *Le nuove leggi civili commentate*.
- POSNER, R. A. (1998): *El análisis económico del Derecho*. Traducido por Eduardo L. SUÁREZ. México: Fondo de Cultura Económica.
- POTHIER (1878): *Tratado de las obligaciones*; traducido por S. M. S., precedido de un extenso proemio que contiene toda la legislación española sobre contratos. Barcelona, Librería de Álvaro Verdaguer, II tms.
- PUIG BRUTAU, J. (1988): «Fundamentos de Derecho Civil». Tomo I, volumen II, *Derecho General de las obligaciones*. Barcelona, Bosch.
- REPRESA POLO, M. P. (2006): «Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Diario La Ley*, jueves, 20 de abril, núm. 6466.
- REYES LÓPEZ, M. J. (2003): «La idea de conformidad en el Ordenamiento Jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE», en PALAO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M. J. (coords.), *Derecho patrimonial europeo*. Navarra: Aranzadi.

- REYNOLDS, F. M. B. (2010): «Remedies in respect of defects», en BRIDGE, M., *Benjamin's sale of goods*. Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell.
- ROCA SASTRE, R. M., PUIG BRUTAU (1948): «El principio de la responsabilidad patrimonial universal», en ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*. Vol. I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- ROTT, P. (2004): «German Sales Law Two Years After the Implementation of Directive 1999/44/EC», en *German Law Journal*, 5.
- RUBINO, D. (1971): «La compraventa», en CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. XXIII. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- RÜFNER (2011): «Risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento nelle relazioni contrattuali», en *El danno risarcibile*. Nápoles.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011): «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. IV.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2006): «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)», en AGUIRRE ZAMORANO, P. J. (dir.), *La compraventa: Ley de Garantías*. Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, XI-2005. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial-Cuadernos de Derecho Judicial.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011): «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las bermudas», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.); PALAZÓN GARRIDO, M. L., MÉNDEZ SERRANO, M. del M. (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, Atelier.
- SCARPA, A. (2008): «La vendita dei beni di consumo: la conformità al contratto e i diritti del consumatore tra Codice del consumo y Codice Civile», en *Giurisprudenza di merito*. Fasc. 11.
- SCHLECHTRIEM, P. (1986): *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manzsche Verlags-und Univesitätsbuchhandlung.
- SCHWENZER, I. (2010): «Article 74 - Article 79», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHWENZER, I.; HACHEM, P., KEE, C. (2012): *Global Sales and Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- SEALY, L. S. (1972): «“Risk” in the law of sale», en *Cambridge Law Journal*, 31-1. April.
- SILVA-RUIZ, P. F. (1987): «Some remarks about the 1980 Vienna Convention on contracts for the International sales of goods - Emphasis on Puerto Rico», en *Arizona Journal of International and Comparative Law*.
- (1993): «The UN Convention on the International Sale of Goods: A Note on Exception from Liability for Failure to Perform», en CRANSTON, R., GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumer Law. National and International Dimensions*. Oxford: Clarendon Press.
- SMITH, L. (2005): «Understanding Specific Performance», en COHEN, N., MCKENDRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Portland: Hart Publishing.
- SOLER PRESAS, A. (1998): *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Navarra: Universidad Pontificia de Comillas - Aranzadi.

- (1998): «Artículo 77», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, Civitas.
- (2009): «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», en *InDret* [en línea], mayo de 2009. Disponible en www.indret.com.
- STOCKS, M. (1993): «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4.
- SUTTON, J. S. (1989): «Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods», en *Ohio State Law Journal*, 50, 737-752.
- TREITEL, G. H. (1988): *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*. Oxford: Clarendon Press.
- (2004): *Frustration and Force Majeure*. Londres: Thomson - Sweet & Maxwell.
- (2011): *The Law of Contract*. Edición a cargo de Edwin Peel. Londres: Sweet & Maxwell.
- ULZURRUN Y ORUE, C. D. (1893): *Tratado legal de las obligaciones y contratos ó exposición de los principios del Código Civil español sobre ellos con referencias al Proyecto de Código de 1851 y los precedentes del Derecho antiguo*. Valencia, Pascual Aguilar.
- VÉRGEZ, M. (2004): *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Navarra, Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, F. (2001): *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ZELLER, B. (2009): *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- ZOLL, F. (2012): «Article 120», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.
- ZOLL, F., WATSON, J. (2012): «Articles 142-146», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.

RESUMEN

PERICULUM EST EMPTORIS.
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.
COMRAVENTA DE PRODUCTOS.
FALTA DE CONFORMIDAD DEL
PRODUCTO CON EL CONTRATO.
INCUMPLIMIENTO. PÉRDIDA O
MENOSCABO FORTUITOS

La enunciación de la regla periculum est emptoris (la cosa perece para el comprador), defendida tradicionalmente en nuestra doctrina, siempre ha tenido como base, en primer lugar una visión esencial-

ABSTRACT

PERICULUM EST EMPTORIS.
CONTRACTUAL LIABILITY. SALE OF
GOODS. LACK OF CONFORMITY.
BREACH OF CONTRACT.
ACCIDENTAL PERISH OR DAMAGE

The enunciation of the rule periculum est emptoris (the thing perishes for the buyer), traditionally defended in our doctrine, has always been based, first in a «guilty conception» of the contractual liability, and secondly, in a functional independence (but not genetic independ-

mente culpabilística de la responsabilidad contractual, y en segundo lugar, una cierta independencia funcional (no genética) de las situaciones jurídicas de las partes en el contrato de compraventa.

Sin embargo, la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que en su ámbito de aplicación supone un desplazamiento de los criterios culpabilísticos de la responsabilidad contractual por el incumplimiento que supone la entrega al consumidor de un producto no conforme con el contrato, adoptando un modelo similar en este punto al de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y desplazando el régimen de saneamiento por vicios ocultos, lleva a cuestionarse en qué medida ello significa una derogación del principio *periculum est emptoris* en las compraventas de productos de empresario a consumidor.

El objeto de este trabajo es ahondar en este aspecto, fundamental para la construcción de cualquier régimen de responsabilidad contractual.

ence) of the situations of the parties to the contract.

Therefore, the transposition of Directive 1999/44/EC of 25 May 1999, on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (which refuses a «guilty conception» of contractual liability for breach of contract, adopting a similar model at this point to the CISG, and rejects also the application of the traditional system of latent defects of the sales contract), leads to the question, whether the principle *periculum est emptoris* is refused in the purchases of consumer goods.

The purpose of this paper is to treat about this issue, which are fundamental to the construction of any contractual liability regime.

(Trabajo recibido el 3-8-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)