

## La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compra-venta de cosas genéricas <sup>(1)</sup>

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Una de las mayores dificultades que se oponen a una racional y justa solución de algunos problemas jurídicos, es el prejuicio creado por ciertas reglas o aforismos aceptados tradicionalmente como verdaderos axiomas, por esa natural tendencia a confundir las fórmulas mnemotécnicas con las verdades inconcusas, y que en el presente caso, por aplicación del famoso brocardo «periculum est emptoris», hace a veces al comprador soportar los riesgos, no sólo del posible perecimiento de las cosas, sino también de ciertas especulaciones doctrinales. Por otra parte, cuando, como aquí ocurre, hemos de actuar sobre algunos conceptos que la técnica del derecho recoge del mundo de la Naturaleza—«fuerza mayor», «riesgo», «perecimiento», «deterioro», «cosa», «género»—conviene no olvidar, para evitar posibles y frecuentes equivocaciones, que tales conceptos experimentan una profunda transformación al convertirse de naturales en normativos.

Por esta razón, tal vez lo más prudente fuese proceder a un nuevo planteamiento de la cuestión, en términos radicales, mediante un examen de los distintos supuestos que la práctica puede ofrecernos, prescindiendo en absoluto de todos los antecedentes históricos y doctrinales, y buscando solamente la solución más justa. Sin embargo, esta manera de plantear el problema no nos es posible, en cuanto hemos de actuar a través de un conjunto de normas de derecho positivo, limitándose nuestra tarea necesariamente al campo de la mera interpretación, y careciendo, por tanto, de la libertad que ofrece cualquier empeño de pura creación jurídica. Procuraremos, sin embargo, penetrar con la mayor claridad posible en la esencia de los principios que orientan en este punto el sistema legal español, desarrollando ideas que dejamos en parte apuntadas en un anterior trabajo sobre «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», publicado el año de 1944 en la «Revista de Derecho Privado».

La idea del riesgo va implícita en todos los seres temporales

---

(1) Ponencia que se presentará al próximo IV Congreso Internacional de Derecho Comparado (París, 1954).

y contingentes, afectando, por lo tanto, por igual, a los hombres y a las cosas que se encuentran por su naturaleza, destinados a perecer, y cuya existencia presente supone una continua incertidumbre acerca del mañana. Esta incertidumbre—riesgo de daño y muerte—gravita sobre todas las relaciones posibles y dota de un sentido, en cierto modo aleatorio, a todas las vinculaciones humanas, el cual ha de influir necesariamente en el mundo del derecho. Sin embargo, este riesgo, este peligro que amenaza a las cosas, y que puede determinar su deterioro o perecimiento, se nos presenta, a través de la técnica jurídica, no como un concepto material, sino más bien como una fuente de consecuencias normativas. El hecho material del daño o perecimiento causado, interesa solamente en cuanto constituye un hecho capaz de producir determinados efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo ciertas relaciones de derecho. El riesgo queda así referido más que a las cosas, a las relaciones jurídicas de que éstas son objeto; la pérdida o deterioro interesa, en cuanto es capaz de producir determinadas alteraciones en el mundo del derecho.

Dos ideas fundamentales parecen haber orientado toda esta materia: de una parte el principio de que las cosas perecen para su dueño, y de otra el de que aquel que se lucra con el beneficio que la cosa es susceptible de producir, debe soportar los riesgos de la misma en justa correspondencia. Ambos principios aparecen íntimamente vinculados entre sí y se desenvuelven en el plano de los derechos reales, afectando a la teoría de la propiedad, en cuyo concepto parecen ir implícitos y más concretamente a la doctrina de la accesión, en sus diversas formas, de la que el segundo es una mera consecuencia. Es indudable que no puede pensarse en una relación de dominio sobre una cosa que ha perecido, ya que la propiedad exige siempre, por definición, un objeto actual, y es justo que el llamado a recibir las accesiones de la cosa, soporte también los daños de la misma. Sin embargo, la cuestión es más oscura de lo que a primera vista parece.

En primer lugar, aunque es cierto que las cosas perecen para su dueño, ello quiere sólo decir que perdida la cosa queda extinguido el dominio que sobre la misma se hallaba constituido; pero con él quedan también extinguidos todos los demás derechos que tenían por objeto la cosa pericida. En segundo lugar, el principio: «*Qui sentit commodum, sentire debet et incommo- dum*», en conexión con las normas que regulan la accesión discreta y la continua, constituye sólo el reverso de la regla «*res perit domino*», ya que es lógico que sea aquel que recibe los posibles lucros de la cosa, quien soporte la pérdida de la misma, y al contrario. Pero ambos principios sufren una verdadera complicación cuando del plano de los derechos reales, en que originariamente se desenvuelven, pasan al de los derechos de crédito.

Y decimos esto porque es evidente que en el plano de los derechos reales, ambos principios complementarios, son meros des-

envolvimientos del mismo concepto del dominio que no puede subsistir sin objeto y que implica, por esencia, la adquisición de los lucros que éste es susceptible de producir; en cambio, en el ámbito de los derechos de crédito, el planteamiento de la cuestión es completamente distinto, de una parte, porque cuando el hecho culposo es causa de la pérdida de la cosa, nace una obligación de indemnizar, cuya consecuencia se traduce en una sustitución de valores económicos en el patrimonio del titular de la misma, subrogando en el lugar que ocupaba el derecho extinguido, otro derecho a la indemnización de los daños y perjuicios de carácter personal, lo que hace que el daño o pérdida repercuta en último término sobre un patrimonio distinto del del titular de la cosa dañada o perdida: de otra parte, porque cuando ésta, por cualquier título se hallaba «in obligatione», su pérdida, si es debida a caso fortuito o fuerza mayor, tiene como consecuencia la extinción de la relación obligatoria constituida, y, en tal sentido, determina el artículo 1.182 del Código Civil español que: «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada, cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor, y antes de haberse éste constituido en mora»; de donde se sigue que si se perdió por culpa del deudor, la obligación no se extingue, sino que se transforma en la forma antes indicada en obligación de indemnizar al acreedor los daños y perjuicios causados.

Establecidas estas premisas, y refiriéndonos ya concretamente al contrato de compraventa, parece que la cuestión es susceptible de diferente solución si la planteamos en el puro plano de los derechos reales, que si ha de resolverse en el de las obligaciones. En el primer caso, si la cosa perece para su dueño, habría que determinar quién era el dueño de la cosa después de perfeccionado el contrato: en los sistemas que como el francés consagran la compraventa traslativa («vendre est aliéner»), la cosa perecería para el comprador que es propietario de ella una vez prestado el consentimiento; en los sistemas que como el español admiten el principio de los efectos puramente obligatorios de la compraventa, la cosa perecida antes de la entrega, perecería para el vendedor que es su propietario todavía: extinguida la propiedad por pérdida de su objeto, no sería posible transmitirla al comprador. En el segundo caso, es decir, cuando el problema se suscita en el plano de los derechos de crédito, nada resolvemos con el indicado principio «res perit domino», porque queda en pie la cuestión, perfectamente distinta de si a pesar de la pérdida subsiste o no la obligación de pagar el precio.

El problema de los riesgos en la compraventa, por lo tanto, no consiste en determinar los efectos que en orden a la propiedad de la cosa puede producir la pérdida de la misma, sino en saber qué patrimonio en definitiva ha de sufrir el quebranto económico que tal pérdida supone. O, lo que es lo mismo, si es el comprador o el vendedor quien ha de perder el precio de la misma. Tal determi-

nación aparece perfectamente diferenciada de la de la repercusión que tal pérdida puede tener en cuanto al dominio: es claro que quien pierde el dominio, por el perecimiento de la cosa, no puede ser persona distinta de su propietario (vendedor o comprador, según los casos), y ello tanto en el supuesto de que la pérdida se haya producido por caso fortuito, como cuando ha sido causada por culpa; pero esto no resuelve nada acerca quién sea el que haya de soportar los riesgos del contrato. De donde se sigue que tanto cuando la venta es transmisiva y directamente productora de efectos reales, como cuando es puramente obligatoria e inspirada en el principio: «*traditionibus atque usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*», se plantea, en idénticos términos la misma cuestión: ¿Subsiste después de la pérdida fortuita la obligación del comprador de pagar el precio?

Y decimos esto porque háyase o no transmitido la propiedad por el mero perfeccionamiento del contrato de compraventa, es indudable que de ella deriva para el vendedor en todo caso la obligación de la entrega material de la cosa al comprador, a la que en definitiva va vinculada como contraprestación la obligación de este último de pagar el precio. Claro está que si el perecimiento se produjo por culpa del vendedor, no podrá éste, ya que el incumplimiento le es imputable, exigir el pago, y deberá, además, resarcir daños y perjuicios. Pero si tal pérdida se produjo por causa imprevisible y ajena a su voluntad, es también claro que queda exento, sin responsabilidad alguna, de su obligación de entrega o tradición de la cosa que no existe. Ahora bien, al extinguirse esta obligación del vendedor ¿podrá el comprador excepcionar el incumplimiento del contrato y negarse en consecuencia a pagar el precio convenido?

Así planteada la cuestión es indudable que los términos de solución de la misma aparecen desvinculados en absoluto del principio «*res perit domino*», y han de desenvolverse dentro exclusivamente del derecho de obligaciones. Por tal razón, estimamos que la formulación del tema de esta ponencia—la transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas—sugiere dos problemas distintos, susceptibles de solución diferente, que podrá o no ser coincidente, según el criterio que adoptemos, pero siempre fundada en cada caso en razones de distinta naturaleza. Por eso podemos afirmar previamente que la transmisión de la propiedad y la transmisión de los riesgos de las cosas vendidas son dos problemas que se ofrecen o deben ofrecerse con absoluta independencia el uno del otro. Es más, que el primero presenta escasas dificultades en nuestro sistema jurídico español, en cuanto en él sólo la tradición—en sus distintas formas—unida al contrato, produce este efecto; en tanto que el segundo es extraordinariamente complicado.

Estudiaremos, por lo tanto, el problema de los riesgos con preferencia, y sólo secundariamente el de la transmisión de la propie-

dad en la compraventa que, dicho sea de paso, ofrece pocas peculiaridades de interés cuando se trata de cosas genéricas, ya que en definitiva, como luego veremos, toda compraventa de cosa genérica se convierte, mediante la especificación en compraventa de cosa específica. A tales efectos, vamos a examinar primero las normas generales del Código Civil español relativas a esta materia, para después estudiar con mayor detenimiento las concretamente aplicables a las cosas genéricas.

## 1.º EL PROBLEMA GENERAL DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA

Según el artículo 1.452 del Código Civil: «El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.»

Hubiera sido preferible que el legislador, en vez de limitarse a una mera remisión a otros preceptos que no resuelven directamente el problema de los riesgos, hubiese establecido una regla clara que nos permitiese resolver los casos de pericimimiento de la cosa vendida y no entregada, con lo que hubiera evitado no pocas dificultades al intérprete. Ya hemos visto cómo el artículo 1.182 antes transcrito, se limita a reconocer que la pérdida del objeto vendido determina, cuando es fortuita, la extinción de la obligación de entrega del vendedor, pero sin decirnos nada acerca de si subsiste o no la obligación recíproca del comprador, a pesar de dicha pérdida. En cuanto al otro precepto, el artículo 1.096, tampoco resuelve la cuestión, sino en relación a ciertos casos concretos expresamente determinados.

Dice, en efecto, el citado artículo 1.096 que: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor (comprador en este caso), independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. Si el obligado se constituyere en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.» Es decir, que al problema de los riesgos se refiere únicamente el último párrafo, y ello tan sólo en relación a dos casos concretos: mora del vendedor y doble venta. ¿Qué ocurrirá en los restantes? La interpretación «a contrario sensu» de este precepto, juntamente con la del último párrafo del artículo 1.452, que imputa el riesgo al comprador a partir del momento en

que éstas se hayan pesado, contado o medido, mueve a la doctrina a concluir que cuando se trata de venta de cosas específicas y determinadas y no haya mediado mora o doble venta, el Código Civil consagra en toda su amplitud el tradicional brocardo «*periculum est emptoris*», con su natural consecuencia de que el comprador, a pesar de la pérdida fortuita de la cosa, no puede alegar la excepción de incumplimiento de contrato y viene, por lo tanto, obligado a pagar el precio convenido.

Es, sin embargo, lo cierto, que tal principio no se encuentra explícitamente formulado en la Ley, sino que debe ser inferido mediante un esfuerzo dialéctico del intérprete, que, en cierto modo, aparece legitimado por la fuerza tradicional reconocida a la indicada regla. Dicha norma romana, aparece reconocida en nuestro derecho histórico de manera expresa. Así, en la ley 17, título X del libro III del *Fuero Real*, que disponía que: «Si algun home vendiere casa o cavallo, o otra cosa qualquier: e si despues que la vendida fuere cumplida, la casa ardiere, o cayere, o el cavallo se muriere, o otro daño qualquier le viniere antes que lo haya recibido el comprador, el daño sea de aquel que la compró y el pro otrosí, si en alguna cosa mejorare la cosa vendida: y esto sea si el vendedor no alargó de dar la cosa vendida, o si no se perdió por su culpa, o si no fizo pleyto, que si se perdiese o se dañase, que el daño fuese suyo y no del comprador: ca en estas tres cosas el vendedor debe haber el daño e no el comprador: pero si algun pro y viniere, sea del comprador.» En este mismo sentido, si bien con mayor claridad, se expresa la ley 25, título V de la Partida V: «Cúmplase la vendida en dos maneras: la una se face en escrito; la otra sin él; cuando se face sin escrito, aviniéndose comprador e vendedor, uno de la cosa, otro del precio, dende en adelante, el daño que viniere de la cosa, es del comprador. Eso mismo decimos cuando se face por escrito; luego que la carta es acabada e firmada con testigos, dende en adelante es el daño del comprador, magüer la cosa non sea pasada al su poder.»

No pugna este principio, como se ha pretendido, con el más general de que las cosas perecen para su dueño, ni constituye una verdadera excepción al mismo, ya que nada tiene que ver que el vendedor pierda la propiedad de la cosa vendida y no entregada (al extinguirse su dominio al perecer su objeto), con que, según antes hemos señalado, el comprador venga obligado a pagar su precio a pesar de dicha pérdida. En el sistema francés, de la venta traslativa, el comprador soporta el riesgo, no tanto en cuanto es propietario, como en cuanto es comprador y viene, como tal, obligado a pagar el precio, de la misma manera que en el sistema español de la venta obligatoria, el vendedor que hizo tradición instrumental de la cosa vendida mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, y, por lo tanto, transmitió la propiedad, aunque no verificara la entrega material a que venía obligado, cuando incurre en mora o realiza una doble venta del mismo obje-

to, ha de soportar los riesgos y no puede exigir del comprador el pago del precio: en este caso la cosa perece para su dueño, en cuanto el comprador, ya propietario de la misma, ve extinguido, con su pérdida su derecho de dominio, pero el riesgo lo soporta el vendedor que no sólo no puede exigir el precio, sino que además debe indemnizar los daños y perjuicios causados al comprador, si medió culpa o negligencia.

Así planteadas las cosas, no existe razón alguna para considerar ni más lógico ni más justo el principio contrario propugnado por la llamada escuela del derecho natural, y consagrado por el derecho germánico, que al vincular la transmisión de los riesgos a la investidura (principio de la tradición), impone la regla inversa de «*periculum est venditoris*», ya que precisamente lo que hay que explicar, tanto en este caso como en el contrario, es precisamente la razón por la cual el comprador queda aquí exonerado de su obligación de pagar el precio, a pesar de haber consentido un contrato que a ello le vinculaba, y esta explicación debe única y exclusivamente buscarse en el plano del derecho de obligaciones, que es en el que desenvuelve su eficacia el contrato de compraventa, y no en el de los derechos reales, cuyas normas únicamente pueden hacerse entender por qué razón el dominio se extingue al perecer las cosas que constituían su objeto. En último término y bien considerado, el problema de los riesgos en la compraventa no es una mera cuestión conceptual, sino, como todos los jurídicos, un problema de justicia.

Por esta razón, antes de afirmar de modo rotundo como con notoria ligereza se ha hecho en ocasiones, que nuestro Código Civil admite en términos absolutos el principio de que la cosa perece en todo caso para el comprador, sin otro fundamento que los argumentos deducidos «a contrario sensu» de los últimos párrafos de los artículos 1.096 y 1.452, que no aluden de modo directo a este principio, sino que se limitan a resolver supuestos concretos y determinados con arreglo a un criterio, y la inercia de una tradición doctrinal y legislativa, resumida en el célebre brocardo «*res perit emptoris*». Sin rechazar de plano la legitimidad de tal interpretación, nos permitimos intentar reducirla a sus justos límites, y ante todo, señalar una aparente incongruencia. El artículo 1.452, fundamental en esta materia, se refiere no sólo a los daños, sino también a los «provechos» de la cosa vendida, y sin embargo, limita su remisión al artículo 1.096, que para nada se refiere a los «provechos», sino tan sólo a la obligación de entrega y su cumplimiento, y al 1.182, relativo a la extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa. No alude, en cambio, al artículo 1.095, que es el que realmente se refiere a dichos provechos de la cosa que ha de ser entregada.

Dice, en efecto, el precepto referido, que: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa *desde que nace la obligación de entregarla*. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta

que le haya sido entregada.» Correlativamente a este principio, y dentro ya del contrato de compraventa, determina el artículo 1.501 que: «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes: 1.º Si así se hubiese convenido; 2.º *Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta*; 3.º Si se hubiere constituido en mora con arreglo al artículo 1.100.»

Nos interesa poner en relación estos preceptos, aunque su conexión no sea a primera vista patente, y al mismo tiempo, relacionar este derecho del acreedor a los frutos, con la norma general de que aquel a quien corresponden los lucros de la cosa, debe soportar los daños de la misma. En cuanto al primer problema, vemos que tanto el artículo 1.095 como el 1.501, hacen referencia a la entrega y a la «obligación de entregar». ¿Cómo se explica que el derecho a los frutos corresponda al comprador desde que nace la obligación de entregar, y en cambio, el correlativo derecho del vendedor a percibir los intereses del precio aún no satisfecho, solamente a partir del momento de la entrega real? Porque es indudable que en el intervalo que media entre ambos momentos (obligación y entrega), los frutos corresponden al comprador, y en cambio el vendedor no puede exigir los intereses del precio. La aparente contradicción, sin embargo, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que la obligación de entregar, normalmente, no surge sin el pago del precio, ya que nos encontramos ante obligaciones sinalagmáticas, y que si la entrega se hace sin que haya mediado dicho pago, ello obedecerá a que las partes han estipulado un determinado plazo—expresa o tácitamente—, y entonces se deberán los intereses como compensación de los frutos (supuesto segundo), o bien el comprador incidirá en mora automáticamente por la entrega y cumplimiento de su obligación por parte del vendedor, y los intereses entonces adeudados, serán los intereses moratorios (supuesto tercero).

Pero en cambio, ¿cómo armonizar el principio contenido en el artículo 1.095, que no atribuye al comprador los frutos hasta que nazca la obligación de entregar, con el principio de la perfección, en virtud del cual el comprador asumiría los riesgos desde el momento en que la compraventa quedó perfecta como contrato? ¿Habríamos de entender aquí una excepción al principio de que los riesgos los soporta quien tiene el derecho a los lucros? Porque si vendo una cosa y estipulo que no habré de entregarla hasta dentro de tres meses, es indudable que los frutos no corresponderán al comprador hasta transcurrido dicho término. Pero ¿habrá ese mismo comprador, a pesar de ello, de asumir los riesgos inmediatamente una vez perfeccionado el contrato? Una afirmación absoluta del principio «periculum est emptoris», nos llevaría a contestar afirmativamente a esta pregunta, lo que en el fondo supondría una verdadera injusticia. Bien que al perderse en este caso el objeto de la venta, quedase extinguida mi obligación de entregarla ya que



esto es lo que dispone el artículo 1.182, pero atribuirme además el derecho a exigir el pago del precio beneficiándome también de los frutos producidos durante este intervalo (que es lo que dispone el artículo 1.095), resulta a todas luces contrario al más elemental sentido de la justicia.

No se trata, por lo tanto, de negar o afirmar la vigencia del antiguo principio de que las cosas perecen para el comprador dentro de nuestro derecho positivo, lo cual carecería en el fondo de sentido, ya que es indudable, dados los precedentes y estado de la doctrina al publicarse nuestro Código civil de 1889, que el mismo fué tenido en cuenta, aunque no expresa y directamente formulado por el legislador, sino más bien de fijar dentro de qué límites y a partir de qué momento puede entrar en juego el referido principio: entre el radical sistema de la perfección y el de la tradición, pensamos que cabe establecer, sin contradecir con ello las normas del Código, ciertas posiciones menos radicales, pero más ajustadas a las exigencias de las diferentes situaciones posibles, evitando excesos de generalización que a veces llegan a ser perturbadores. El exacto planteamiento del problema no puede, a nuestro juicio, ser la mera afirmación de que el comprador asume los riesgos de la cosa vendida, sino más bien este otro: a partir de qué momento y en qué casos asume el comprador los riesgos de la cosa vendida.

Según el artículo 1.460: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato». Es decir, que para que haya compraventa se precisa un objeto, que en este caso falta, cualquiera que haya sido la causa de su perecimiento; y carente el contrato de uno de sus elementos esenciales—no se puede consentir sobre la nada—, resulta indudable que nos encontramos, no ante un supuesto de nulidad, sino de inexistencia. Esto sentado, y por argumentación contraria, hemos de llegar a la conclusión de que la pérdida del objeto producida después de perfeccionada la compraventa, no afecta para nada la validez del contrato: el perecimiento de la cosa que está «in obligatione», en virtud de la relación contractual creada, podrá determinar una responsabilidad contractual (derivada de la culpa), que convertirá la obligación en obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, o bien si es debida a caso fortuito, la extinción de la obligación de entrega que gravitaba sobre el vendedor.

Si partimos de la base de la venta pura y al contado en que simultáneamente se concierta el acuerdo obligatorio y se hace tradición de la cosa y del precio, carece de sentido el planteamiento de la cuestión: es indudable que entonces se ha agotado en el acto el contenido obligatorio del contrato de compraventa mediante su total consumación, y que únicamente podrá suscitarse la cuestión del perecimiento por vicios ocultos, que nada tiene que ver con la de los riesgos que aquí nos ocupa. Esta tiene solamente sentido cuando la perfección de la compraventa, producida por

la prestación del consentimiento sobre la cosa y sobre el 'precio, y determinante solamente de efectos obligatorios, no reales, y la consumación total de esas obligaciones originadas por el contrato, media un lapso de tiempo más o menos largo.

Cabe entonces preguntar, cuáles sean las causas o razones que pueden determinar esa dilación de los actos de cumplimiento, y a quién deba ésta imputarse en cada uno de los casos. En principio, la consumación de la compraventa exige una actividad cooperativa de vendedor y comprador, y así es posible que uno de ellos haya realizado por su parte cuantos actos sean precisos para el cumplimiento de su obligación, y la otra no haya prestado todavía su actuación necesaria. Cómo es posible también que, aun perfecto por la prestación del consentimiento, el contrato de compraventa, la obligación de entregar no haya surgido todavía, sino que por previsión expresa o tácita de las partes haya sido diferida a un momento futuro. Ello nos llevará forzosamente a discriminar los diferentes momentos y situaciones que pueden mediar entre la perfección del contrato y la entrega real de la cosa.

Excedería de los límites forzados de esta memoria un estudio detenido acerca del origen y alcance del principio «periculum est emptoris» dentro del Derecho romano, que nos conduciría necesariamente a la confirmación de cuanto venimos afirmando. En la obra justiniana se hace referencia al problema de los riesgos en más de cincuenta textos, entre los cuales puede considerarse como fundamental, Inst. 3, 23, 3; «Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenierit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.» Si la pérdida se produjo por caso fortuito o fuerza mayor: «emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim ex his sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est. Quod si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolo neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Id est etiam de furti et de damni iniuriae actione».

Se refiere el texto transcrito a los casos normales de compraventa: cuando coinciden la perfección del contrato con el nacimiento de la obligación de inmediata entrega; en ellos depende de la iniciativa del comprador, exclusivamente el hacerse cargo de la cosa, y es perfectamente justo que si por su sola voluntad demora

dicho momento, sea él exclusivamente también quien soporte los riesgos que en ese intervalo puede correr la cosa. Únicamente cuando, por cualquier circunstancia, el vendedor ha asumido, además, una obligación de custodia, puede, por razón de la custodia, no de la venta, hacérsele soportar los riesgos de la cosa: «et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet» (Ulpiano, D. 47, 2, 14, pr.). Sin embargo, no siempre el comprador puede hacerse cargo inmediatamente de la cosa, sino que existe o puede existir alguna razón ajena a su voluntad o arbitrio que impida la actual entrega: cuando se verificó la venta bajo condición suspensiva, o se estableció un término a favor del vendedor, o cuando se trata de venta alternativa, o el precio ha de ser fijado de conformidad con el peso, número o medida de las cosas vendidas, o estas deben ser especificadas por el vendedor, o elaboradas o construídas por él... En ninguno de estos casos es preciso el transcurso de cierto tiempo, o la realización de algún evento o acto posterior, por lo que el Derecho romano modifica la regla general en que se identifica la venta «contracta» con la venta «perfecta» o «impleta» para establecer una distinción entre ambos términos.

En tal sentido, por ejemplo, el texto de Paulo (33 ad ed. empti venditi. Lenel, nr. 513): «Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: *nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emptio.» Es decir, que el traspaso de los riesgos al comprador no se opera por la mera celebración de la compraventa, sino solamente cuando ésta llega a ser perfecta; o lo que es lo mismo, cuando las obligaciones en ella contraídas pueden ser exigidas. La venta llegaría en tal sentido a ser perfecta, produciendo sólo entonces el desplazamiento de los riesgos al cumplirse la condición o el término suspensivos, al producirse la elección en la venta alternativa, al haberse pesado o medido o contado las cosas vendidas, al haberse producido la especificación... Prescindiendo aquí de que esta interpretación de las fuentes sea o no exacta en su integridad, hemos de reconocer que nos ofrece una buena base para el estudio del derecho actualmente en vigor y la más exacta delimitación del principio que estudiamos.

En efecto, cuando el artículo 1.095, ya citado, habla de la *obligación de entregar* y no de la perfección del contrato de compraventa (no dice que los frutos y acciones corresponden al comprador a partir del contrato, sino solamente desde que nace la obligación de entregar la cosa), establece una regla perfectamente justa, que tiene una doble vertiente: al problema de los lucros, que directamente aborda, y a su correlativo de los riesgos, que parece dar por resuelto en el mismo sentido. Antes de nacer la obligación de entrega, ni el comprador puede exigirla ni el vendedor imponerla; la cosa está en poder y propiedad de este último,

y a él exclusivamente habrán de corresponder los lucros durante este período—esto es lo que se deduce del texto del citado artículo—y, por lo tanto, estimamos en justa correspondencia, los riesgos de la cosa. Por el contrario, nacida la obligación de entregar, el comprador puede inmediatamente exigir la entrega material de la cosa; si a pesar de ello el vendedor la demora, no por ello habrá de perjudicarle la omisión del deudor, y, por lo tanto, se le reconoce expresamente el derecho a los frutos que desde entonces rinda el objeto de la venta. Si, por el contrario, el vendedor está dispuesto a entregar, y el comprador, por su conveniencia o por su desidia, demora el hacerse cargo de la cosa, no por ello los riesgos de la cosa vendida habrán de recaer sobre el vendedor, que se vería en tal caso perjudicado por la omisión del comprador y no tendría ni siquiera la compensación que la percepción de los frutos pudiera ofrecerle. Si ambas cuestiones, como es universalmente admitido, exigen una solución unitaria «nam et commodum esse debet, cuius periculum est», parece claro que los riesgos no habrán de transmitirse al comprador hasta que haya surgido la obligación de entrega de la cosa vendida.

Pudiera objetarse que siendo la fuente de que derivan todas las obligaciones de la compraventa el mismo contrato, desde la perfección de éste existe para el vendedor la obligación de entregar la cosa, y que, por lo tanto, el artículo 1.095 citado es más bien un argumento a favor del inmediato desplazamiento de los riesgos al comprador, y de la admisión en el Código civil español del principio de la perfección con todas sus consecuencias. Sin embargo, estimamos que, aunque tal afirmación es inicialmente cierta, no se ajusta a la realidad en muchos casos: decir que el vendedor tiene la obligación de entregar cuando todavía no es posible exigírsela, carece jurídicamente de sentido. Ello, no obstante, sería más exacto decir que el desplazamiento de los riesgos, así como el derecho a la percepción de los frutos y accesiones de la cosa, se producía a partir del momento en que según contrato debió entregarla el vendedor. Esta interpretación nos parece la única posible y lógica del artículo 1.095. Y además, la única, también, que nos permite compaginar el principio «periculum est emptoris», con las normas que rigen en materia de obligaciones bilaterales, sobre todo en cuanto se refiere a la excepción de «contrato incumplido».

Si el pago del precio es la contraprestación debida por la entrega de la cosa, en principio, aquél no podrá ser exigido cuando ésta no haya sido entregada; de la misma manera que si yo me comprometo a prestar un determinado servicio, y luego no me es posible realizarlo, no podré exigir la retribución pactada, ya que para ello carecería de una causa que justificase tal exigencia. Pero si vendida una cosa llega el momento en que ésta ha de ser entregada, según los términos de lo convenido, es indudable que la demora en la entrega solamente puede ser imputable o al acreedor o al deudor. Si el comprador exigió la entrega mediante el

oportuno requerimiento, o bien, simplemente, pagó el precio, con lo que de modo automático puso en mora al vendedor, es claro que este último soporta los riesgos de la cosa, porque así lo dispone expresamente la Ley. Si, por el contrario, no se preocupó de pedir dicha entrega, a él solamente puede ser imputable tal demora, no existiendo, por lo tanto, razón que fundamente el exonerarle de los riesgos, haciéndolos gravitar sobre el vendedor, que soportaría de este modo un perjuicio solamente imputable al comprador. En tal supuesto aparece plenamente justificado el principio de que los riesgos corresponden a este último, ya que le son compensados, según hemos visto, con su derecho a los frutos y acciones. Otro tanto ocurrirá, y por el mismo motivo, cuando la demora sea imputable a ambas partes, y se funde en razones de recíproca conveniencia.

La cuestión, sin embargo, puede plantearse cuando la dilación en la entrega, una vez nacida la obligación de entregar, se deba a concesión graciosa del comprador, en exclusivo beneficio del vendedor. En tal supuesto, parece que habrá de estarse, ante todo, a lo que hubiesen convenido las partes, suscitándose sólo la cuestión cuando no haya mediado tal convenio. Precisamente, refiriéndonos a esta hipótesis, decíamos literalmente en un trabajo anterior:

«Perfeccionado el contrato e individualizada la cosa vendida, se presume que ésta se encuentre a disposición del comprador, y que si éste no la retira, es porque no quiere o porque no le conviene; a él solamente debe imputarse, por tanto, la dilación, y sería consiguientemente injusto que el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación había podido producirse, perdiera el precio al destruirse o dañarse fortuitamente, sin culpa alguna por su parte, la cosa. Pero esta presunción, como contenida en un precepto de derecho voluntario, derogable por la voluntad de las partes, es tan sólo una presunción «*iuris tantum*» que la prueba en contrario puede desvirtuar. De donde se sigue que siempre que pueda demostrarse que la dilación se produjo en beneficio exclusivo del vendedor, y por mera transigencia del comprador, al primero solamente deberán imputársele los riesgos, negándosele, por lo tanto, la acción para exigir el precio. Confírmase este punto de vista si consideramos que, produciéndose en virtud de la presunción contenida en el artículo 1.452 una norma de derecho excepcional, la interpretación restrictiva se impone, siendo aplicable a todos los casos que no estén claramente contenidos en la misma, la norma general que sienta el artículo 1.124. Por otra parte, según el artículo 1.258, los contratos obligan a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe», y es consecuencia derivada de ésta, que aquél a quien aprovecha la dilación, deben perjudicar los riesgos que de la misma pueden originarse.»

«El artículo 1.452, por lo tanto, no tiene más virtualidad que

desplazar la carga de la prueba ; pero, bien entendido que lo que hay que probar es sólo que la dilación se produjo en ventaja exclusiva del vendedor, no que éste haya incurrido en culpa o negligencia, ya que en este último supuesto, habríamos de acudir, no al precepto examinado, que excluye todo supuesto culposo y no genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sino a las normas reguladoras de la responsabilidad contractual en general. Exclúyese asimismo el supuesto de perecimiento por vicios o defectos de la cosa anteriores al contrato (obligación de saneamiento de los artículos 1.474 y ss. del C. c.); en cambio, no modifica para nada el principio sentado, el hecho de que la pérdida se haya producido por el acto de un tercero, ya que en tal caso éste quedará obligado a indemnizar a la parte que haya de soportar el riesgo. Asimismo deberán incluirse los supuestos de experimentación, confiscación, requisita en tiempo de guerra, etc. acaecidos con posterioridad a la perfección del contrato».

Seguimos pensando, a pesar de la opinión contraria de algunos autores, que ésta es la única solución justa del problema ; pero, a fin de evitar falsas interpretaciones, consideramos precisa alguna aclaración, distinguiendo para ello diferentes supuestos que pueden presentarse. Si admitimos que, aun demorada la entrega, de mutuo acuerdo, y en provecho del vendedor, deben atribuirse los frutos que durante este tiempo produzca al comprador, a él habrían de atribuirse, en justa correspondencia los riesgos de la misma ; si fuere el vendedor quien continuara, en virtud de lo convenido percibiendo aquellos frutos y accesiones, él habría, por la misma razón, de soportar los riesgos de daños o pérdida. Sin embargo, tal solución presupone la de un problema previo, que es precisamente el mismo que acabamos de plantear, y al que únicamente podemos dársela, ateniéndonos a la interpretación que anteriormente hemos dado del artículo 1.095 : es decir, que estimamos que cuando por acuerdo expreso o tácito, se ha convenido la demora de la entrega más allá del momento inicialmente previsto, en provecho del vendedor, habrá de estimarse que aún no existe obligación de entregar, y que, por lo tanto, los riesgos y los lucros seguirán gravitando sobre éste. Por el contrario, si se convino que a pesar de la demora, los frutos y accesiones corresponderían al comprador, en justa correspondencia habrán de atribuirsele también los riesgos de la cosa. Caso distinto será aquel en que no pueda hablarse propiamente de un acuerdo, sino simplemente de una transigencia unilateral del comprador, que redunde en beneficio del vendedor : entonces no puede negarse que la obligación de entregar existe, y que, por consiguiente, el traspaso de los riesgos se produce, en tanto no se haya constituido en mora el vendedor.

Sentadas estas conclusiones, vamos a ver en qué forma puede hacerse aplicación de tal doctrina a :

2.º *La transmisión de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas.*

No supone, a nuestro entender, la compraventa de cosas genéricas una verdadera excepción al general principio que acabamos de establecer de que la asunción de los riesgos por el comprador se produce sólo a partir del momento en que surge la obligación de entrega. En este punto, sin embargo, son precisas algunas aclaraciones previas, para evitar algunos errores comunes. Ante todo, lo que hayamos de entender por compraventa de cosas genéricas. En principio, cosa genérica, por oposición a cosa específica, es aquella que no aparece determinada individualmente, sino tan sólo por su pertenencia a un «género» determinado. Pero el género es algo que no se encuentra en la naturaleza como tal género, ya que está únicamente nos ofrece objetos individuales, sino que constituye más bien un concepto puramente lógico, mentalmente construido, en cuanto aísla notas comunes a diferentes objetos, a los que, por un procedimiento meramente especulativo, reduce a una unidad, que se da en el plano del pensamiento, pero nunca en el de la naturaleza. Por esta razón, nunca podremos encontrar en la naturaleza «cosas genéricas», sino tan sólo cosas individuales, no encontraremos nunca «el caballo», sino tan sólo «este caballo», o «aquel caballo». En el plano del pensamiento, por el contrario, todas las cosas se nos definen como genéricas, en cuanto toda definición se produce «per genus proximum et differentiam specificam». Definimos, por tanto, un individuo, en cuanto lo incluimos en un género determinado. En tal sentido, y desde el punto de vista lógico, no desde el natural, todas las cosas son genéricas, en cuanto todas ellas aparecen incluidas en el género «cosas», de donde se sigue que no es posible definir lógicamente los géneros más remotos, y que las cosas individuales, tal como se nos ofrecen en la naturaleza, sólo pueden ser conocidas directamente mediante la intuición, y lógicamente, en cuanto pueden ser referidas a un género determinado.

Esto sentado, podemos sentar la afirmación de que no es posible hablar propiamente—aunque el uso autorice esta expresión—de compraventa de cosa genérica, sino más bien de *compraventa genérica*. La característica de esta clase de contrato consiste en que el objeto no se determina por designación directa (como ocurre en la llamada venta de cosa específica: te vendo este caballo); sino por definición lógica, señalando su género, y, a lo sumo alguna de sus características («te vendo un caballo», o «te vendo un caballo blanco»). Quiere ello decir, que depende exclusivamente de la voluntad de las partes al celebrar el contrato, concluir la venta como genérica o como específica, siquiera haya objetos que por su peculiar naturaleza se presten más a uno que a otro tipo de convención. Es preciso, para que pueda existir compraventa genérica, que los posibles objetos ofrezcan una cierta nota de fungibilidad,

o, lo que es lo mismo, que sea indiferente la entrega de uno u otro, siempre que puedan considerarse comprendidos dentro del género estipulado. Ello no quiere decir, sin embargo, que coincidan exactamente estos dos conceptos de «cosa genérica» y de «cosa fungible».

Y decimos que no coinciden ambos conceptos, porque ordinariamente se suele restringir este concepto de cosa fungible, a aquellas cosas que además de ser genéricas, «pondere, numero, mensura constant», lo que las convierte en una especie particular dentro del concepto más amplio de cosas genéricas (muchas de las cuales no son susceptibles de peso, número, ni medida); y, de otra parte, porque puede ocurrir perfectamente que una cosa en sí fungible, haya sido objeto de venta como específica, sin que pierda por ello su carácter de fungibilidad: por ejemplo, te vendo todo el trigo que contiene este granero. Si el trigo así especificado, se perdiere por culpa del vendedor, éste podrá indemnizar entregando una cantidad equivalente de trigo de la misma calidad, dada la fungibilidad de la cosa. Por el contrario, si la cosa fungible vendida como específica, perfectamente individualizada, se perdiere sin culpa del vendedor antes de ser entregada, pero después de haber nacido la obligación de entrega, se aplicará la norma general antes estudiada acerca de la transmisión de los riesgos en la venta específica, ya que la venta se hizo, no con referencia a un género, sino a una especie, o, mejor aún, se vendió una individualidad.

Tal distinción es esencial para entender el verdadero alcance de los dos últimos párrafos del artículo 1.452, que con poca reflexión la doctrina suele referir a la venta genérica, pero que, como veremos, nada tienen que ver con ésta. Dice así, literalmente, el aludido precepto: «Esta regla (la general referente a la venta específica) se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.—Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador, hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora». El primero de los párrafos transcritos habla claramente del supuesto a que antes hemos hecho referencia, es decir, al caso en que las cosas fungibles se han vendido como individualizadas, y a él dispone habrá de aplicarse la regla general de la transmisión de los riesgos. El segundo párrafo, a nuestro juicio, no se refiere directamente a la venta genérica, sino más bien a la venta con fijación del precio *ad mensuram*.

A esta clase de compraventa, que no debe confundirse con la compraventa genérica, ya que lo característico de ella no es que las cosas se hayan definido en el contrato como genéricas, sino que la venta se llevó a efecto con perfecta individualización del objeto, y únicamente se hizo depender el precio de la medida, número o peso de las cosas vendidas: te vendo todo el trigo que contiene



este granero, a tantas pesetas la fanega. La cosa está determinada, y el precio, solamente es determinable. A ella se refería un fundamental texto de Gayo (D. 18,1,35, 5 y 6):

«In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumentum vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratve sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcumque esset, uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quos si vinum ita venierit ut in singulas amphoras, item oleum ut in singulos metretas, item frumentum ut in singulos modios, item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris aut in singulas libras quas adpenderis aut in singula corpora quae adnumeraveris. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus».

Este pasaje de Gayo, aunque no se refiere directamente al problema de los riesgos, sino tan sólo al momento de perfección de la «emptio ad mensuram», de la cual, en definitiva ha de depender la transmisión de los riesgos al comprador (ya que según hemos anteriormente indicado, en derecho romano tal transmisión no es efecto de la «emptio contracta», sino de la «emptio perfecta»), constituye la base doctrinal que ha inspirado a los redactores del artículo 1.452 del C. c. en los dos párrafos antes transcritos, que se apoya, por lo tanto, en la doctrina de la escuela de Sabino, ya que, según parece inferirse del texto transcrito, los proculeyanos mantenían la tesis contraria, es decir, que la venta era perfecta desde el primer momento, ya que nada se oponía a que se procediere a la inmediata medida, peso o cuenta de las cosas fungibles vendidas. Pero además, en el último inciso, se asimila al caso de la venta de cosas fungibles «ad mensuram», la venta de una universalidad integrada por varios objetos diversos, aunque no fungibles: por ejemplo, una biblioteca (el autor dice el rebaño), en que el precio se fija a tanto el volumen, aunque éstos no sean entre sí fungibles, e incluso puedan ser ejemplares únicos por su rareza: se trataría también de una «emptio ad mensuram», y a ella habríamos de aplicar idénticas normas; es decir, sólo después de haberse contado el número de volúmenes, y de esta forma determinado el precio, podría entenderse que los riesgos se habían desplazado al comprador.

Sin entrar a discutir aquí la argumentación de los sabinianos,

relativa al carácter condicional de la venta «ad mensuram», que no se ajusta, desde luego, al concepto que nosotros tenemos de la condición, sólo nos interesa destacar la identidad de solución de nuestro Código con el texto de Gayo. En definitiva, el fundamento del artículo 1.452 parece ser más bien el de que, hasta que se haya determinado el precio, no existe la obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador. Únicamente en caso de mora del vendedor—ha de entenderse que en realizar la medida o peso, ya que la entrega no es posible sin el cumplimiento de este requisito—continuarán gravitando sobre él los riesgos de la cosa o cosas vendidas.

De lo dicho se infiere, a nuestro juicio, que la «emptio ad mensuram» no es venta genérica, sino específica, en cuanto el objeto aparece perfectamente individualizado desde el primer momento, y, por lo tanto, que refiriéndose a este solo supuesto el último párrafo del estudiado artículo 1.452 del C. c., falta en dicho Cuerpo legal una norma especial que solucione directamente el problema de la transmisión de los riesgos en la venta genérica. Esta se inspira en su regulación, en algo completamente distinto: el principio «genus nunquam perit». En cuanto objeto de la venta no son, como en el caso anterior cosas individualizadas y concretas, sino determinables en relación a un género que se define en el contrato, no cabe, en principio, la extinción de la obligación por perecimiento de la cosa, ni es, por tanto, de aplicación el artículo 1.182 del C. c., únicamente relativo a «la obligación de entregar *cosa determinada*». Por otra parte, y según el artículo 1.167: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubieren expresado, el acreedor no podrá exigiría de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». A su vez el párrafo segundo del artículo 1.096 determina que: «Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir—el acreedor—que se cumpla la obligación a expensas del deudor».

Estimamos que la distinción es fundamental, ya que en realidad entre la compraventa genérica y la específica existen diferencias tan esenciales como entre el mutuo y el comodato, y sólo en un sentido limitado pueden ser consideradas como integradas en un concepto unitario, ya que su regulación es sustancialmente diferente en la mayor parte de sus efectos. Pero prescindiendo del más general problema de si sería conveniente en los futuros Códigos regular ambas figuras como instituciones diferentes—el derecho romano clásico, por ejemplo, no parece haber admitido la compraventa genérica, acudiendo, cuando de ella se trataba al mecanismo de la «stipulatio»—hemos de limitarnos aquí a señalar la diferente transcendencia que el perecimiento fortuito de la cosa puede tener cuando se han vendido cosas fungibles determinadas («ad

mensuram», o a precio cierto), y cuando las mismas se mencionan en el contrato genéricamente y sin la debida individualización.

En el primer caso, que es el anteriormente examinado, y a que alude el último párrafo del artículo 1.452, el perecimiento de las cosas fungibles desde el principio individualizadas (aunque aún no haya nacido la obligación de entrega que produce el desplazamiento de los riesgos), exonera al vendedor de la obligación de entregar otras equivalentes en su lugar, ya que éstas fueron vendidas específicamente, como individuos, y no como género; cualesquiera que sea su calidad (superior o inferior) el comprador no puede exigir otras distintas, ni el vendedor imponer el pago con otras diferentes, aunque fueran de mejor calidad. En definitiva, se trata de venta específica, y no puede tener a ella aplicación el principio de que los géneros nunca perecen, ni serle de aplicación aquellas otras normas que el C. c. limita a las ventas genéricas.

En el segundo supuesto, es decir, cuando se trate de venta genérica propiamente dicha, la pérdida producida antes de la individualización o especificación del objeto de la venta, es intrascendente: el vendedor seguirá obligado a la entrega de los objetos estipulados, porque el género no ha podido perecer, y habrá de entregarlos de la misma especie y calidad pactadas, y si no lo hiciera, podrá el comprador adquirirlos a su costa, aunque el precio de los mismos sea superior al que se estipuló en el contrato. De aquí se deduce que cuando se trata de venta «ad mensuram», el vendedor soporta el riesgo hasta que la medida se realiza, en el solo sentido de no poder exigir el precio de la cosa perdida; en cambio, cuando se trata de venta genérica, se mantiene la obligación de entregar otro tanto de la misma especie y calidad pactada, y correlativamente, como es natural, la del comprador de pagar el precio convenido, con lo que, en definitiva, no sólo soporta el vendedor el riesgo de las cosas perdidas, sino además el de la diferencia de precio que haya de pagar por las que deba adquirir para suplir aquéllas.

Sin embargo, dentro de la venta genérica se impone hacer algunos distinguos ya que el principio de que los géneros nunca perecen tiene un valor muy relativo. Si la venta se hizo refiriéndose a una determinada cantidad de cosas genéricas, consideradas en abstracto, parece que aquel principio puede aplicarse en toda su amplitud, a no ser que por cualquier circunstancia, ajena a la pérdida de la cosa, la prestación resulte imposible: por ejemplo, porque no existan en el mercado cosas de aquella especie y calidad, en cuyo caso, la obligación de entregarlas habrá de reputarse extinguida por imposibilidad. El que resulte extraordinariamente onerosa su adquisición, podrá determinar problemas que exceden de los límites de la cuestión objeto de esta memoria, y que más bien encajan dentro de la teoría del riesgo imprevisible (la cual, por otra parte, no se limita a la compraventa genérica, sino que

se extiende también a la específica). Pero cabe pensar, y de hecho se da con mucha frecuencia, que la venta se refiera a cosas que forman parte de una determinada masa de que en el momento de perfeccionarse el contrato, puede disponer el vendedor: Te vendo cien fanegas del trigo que se encuentran en mi granero.

Nos encontramos entonces ante un tipo de compraventa que guarda ciertas analogías con la venta «ad mensuram», pero que se diferencia sustancialmente de ella, en cuanto no tiene un objeto desde el principio delimitado, sino que debe ser individualizado previamente. En la venta «ad mensuram», la cosa está determinada, y el precio es solamente determinable mediante la medida; en la figura que ahora examinamos, por el contrario, el precio está determinado desde un principio, y el objeto es el que debe ser determinado mediante esa medida. Es el supuesto previsto por Gayo (D. 18,1,35,7): «Sed si ex doleario pars vini venierit veluti matretae centum, verissimum est quod et constare videtur, antequam ametiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum in singulos eos» (En el mismo sentido Ulpiano, D, 18,6,5). Y, con mayor claridad, C. 4,48,2,pr.: «Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit».

Es evidente la consecuencia: si la pérdida o el daño se produce antes de haberse llevado a efecto la individualización de las cosas vendidas, no puede el vendedor exigir el precio; pero, estará obligado a suministrar una cantidad equivalente del mismo género, aunque para ello tenga a su vez que adquirirla. Si aplicásemos la regla de que los géneros nunca perecen, forzosamente habríamos de contestar afirmativamente a la cuestión. Sin embargo, si tenemos en cuenta lo que anteriormente hemos expuesto acerca del concepto de venta genérica, podremos comprobar que en la hipótesis ahora examinada, la determinación de la cosa no se ha hecho en relación a un género determinado por sus caracteres abstractos, sino, más concretamente, lo vendido ha sido tan sólo «una parte de determinada masa», que es cosa muy distinta. La voluntad de las partes, al contratar, no quiso cosas de un determinado género, sino precisamente cosas de aquella determinada masa, y así como el vendedor no podría pretender imponer al comprador el recibo de cosas que aun perteneciendo al mismo género que las que fueron objeto de la venta, no formasen parte de la masa a que el contrato se refiriera, tampoco podrá éste exigir a aquél, en caso de pérdida, la entrega de otras distintas, aunque del mismo género.

Es decir, que no nos encontramos ante una verdadera forma de compraventa genérica, sino más bien ante una especial figura que ofrece notable similitud con la venta alternativa, y a la que, según nuestro modo de pensar, habrán de aplicarse, por lo menos en este respecto, las normas relativas a esta clase de obligaciones.

Ciertamente que en la obligación alternativa típica se parte del supuesto de una pluralidad de prestaciones distintas, de las cuales una sola es necesaria para el pago, y en cambio en la hipótesis ahora examinada, únicamente existe una prestación («in obligatione» e «in solutione»); pero esa prestación única tiene un objeto solo relativamente determinado, siendo posible la elección entre varios de los contenidos en la masa de que se vendió una parte, lo que nos lleva a la conclusión de que la pérdida fortuita de todos ellos antes de la individualización, aunque gravita sobre el vendedor, en el sentido de que pierde el derecho a exigir el precio, extingue su obligación, ya que no se le puede exigir la prestación de una cantidad equivalente de cosas del mismo género.

Resumiendo lo dicho, tenemos que únicamente se produce el desplazamiento de los riesgos al comprador, cuando de compraventa de cosas genéricas se trata, una vez que se haya llevado a efecto su debida individualización, mediante la correspondiente medida, peso o cuenta, si es que ésta era necesaria. Sin embargo, se plantea la cuestión de cuándo debe estimarse efectuada tal individualización con efectos jurídicos plenos, y si el hecho de tal individualización es por sí solo suficiente para producir el traspaso de los riesgos.

En cuanto al primer extremo, hemos de preguntarnos si la individualización de las cosas objeto de la compraventa se realiza en virtud de un acto unilateral del vendedor, o si exige, por el contrario, una intervención y aquiescencia del comprador. Habremos, naturalmente, en este punto, de estar a lo prevenido por las partes en el contrato; a falta de pacto, el uso será el que pueda ofrecernos la norma necesaria para estimar debidamente efectuada la individualización; pero, en todo caso, ningún precepto exige la intervención del acreedor en estas operaciones, aunque parece lógico exigir le sean debidamente notificadas. Sin embargo, admitida la individualización llevada a efecto por el vendedor, no se producirá automáticamente el desplazamiento de los riesgos al comprador. Creemos que el único efecto que tal individualización produce en un principio, es el de convertir la venta genérica en venta específica, a la que habremos de aplicar desde entonces las normas generales acerca de la transmisión de los riesgos en la forma antes indicada. O lo que es lo mismo, que habrá que atender, hecha tal individualización, a si ha surgido o no con la individualización la obligación de entrega, pues sólo en el primer caso habremos de estimar, según la general doctrina, traspasados los riesgos al comprador.

Si surgida tal obligación, el comprador no se hace cargo de las cosas vendidas, a él solo será imputable tal demora, y a él también corresponderán los riesgos, si, por el contrario, surgida tal obligación el vendedor incurre en mora, éste y no aquél será el afectado por la posible pérdida o deterioro de la cosa. Esta doctrina, ofrece además a nuestro juicio, la gran ventaja de poder

armonizar perfectamente la solución del C. c., con la preconizada por el C. de c., como vamos a ver seguidamente.

### 3.º *La transmisión de los riesgos en la compraventa mercantil*

Según el artículo 331 del C. de c.: «La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito». Y el artículo 333 establece que: «Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor».

El verdadero alcance de estos preceptos, combinados, es el siguiente: 1.º Si la cosa perece o daña en términos tales que resulte imposible su entrega—supuesto que no puede darse más que en relación a cosas determinadas, ya que los géneros, como hemos visto no perecen—quedará extinguida la obligación de dar, y el comprador, según el artículo 331 y el 335 del C. de c., no deberá pagar el precio, y, si ha realizado ya el pago, podrá repetirlo: la cosa se pierde, pues, para el vendedor, que es quien en este caso se empobrece. 2.º Si la cosa se deteriora, y a pesar de ello sigue siendo posible la entrega, aunque la prestación resulte incompleta o defectuosa, el comprador puede optar entre rescindir el contrato o exigir la entrega, en la forma en que aún sea posible; en el primer caso, el vendedor pierde la cosa, y debe devolver el precio si lo hubiere recibido; en el segundo caso, el comprador «asume voluntariamente el riesgo», y debe pagar el precio en su integridad al vendedor.

Sin embargo, el artículo 331, experimenta, por vía excepcional, una limitación en el supuesto de que el vendedor se hubiera constituido en depositario de las mercancías, con arreglo al artículo 339, y en el previsto en el artículo 333, de que «tenga a disposición del comprador los efectos en el lugar y tiempo convenidos». Ello plantea la cuestión de determinar qué relación existe entre «entregar», «poner a disposición» y «depósito judicial». En nuestro anterior trabajo dedicado a esta materia, establecíamos las siguientes conclusiones en orden a la interpretación de estos conceptos:

1.º La fijación del momento en que los riesgos han de traspasarse al comprador en la compraventa mercantil, depende de la autonomía de las partes, pudiendo sólo llegarse a la determinación del mismo, mediante una interpretación del contrato. A falta de estipulación contractual de que pueda inferirse directa o indi-

rectamente, dicho momento, habrá de acudirse a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza.

2.ª Por lo tanto, los artículos 331 y 333 del C. de c. tienen sólo carácter de derecho voluntario, derogable por la voluntad de los contratantes, y sientan únicamente una presunción «*iuris tantum*» susceptible de prueba en contrario que venga a desvirtuarla en el caso en que exista un acuerdo o un uso divergentes en este sentido.

3.ª Tal presunción puede formularse en los siguientes términos: los riesgos se transmiten al comprador únicamente a partir del momento de la entrega de las cosas vendidas, a no ser que se pruebe que con anterioridad fueron éstas puestas a disposición del comprador en el tiempo y lugar convenidos.

4.ª La «entrega» a que se refiere el artículo 331 del C. de c. es la entrega material de la cosa, que, las más de las veces, coincidirá con la tradición real; pero que otras producirá, como subsiguiente a una tradición fingida anterior, efectos meramente transmisivos de la posesión, y, consiguientemente, de los riesgos.

5.ª Esa tradición fingida previa, solamente causará el desplazamiento de los riesgos, cuando implique una puesta a disposición real de la cosa vendida. Así, por ejemplo, la mera tradición instrumental, en los rarísimos casos en que la compraventa mercantil se formalice en documento privado, no alterará en tanto que las mercancías no sean puestas a disposición o entregadas al comprador, el principio general sentado por la doctrina mercantil de que la cosa perece para el vendedor.

6.ª La puesta a disposición puede ser una manifestación externa o una consecuencia de la *facta traditio*, cuando así se haya estipulado en el contrato expresamente, o cuando pueda deducirse, mediante la interpretación, que tal fué la voluntad de las partes. Sin embargo, el mero hecho de que se diga en el contrato que las cosas quedan a disposición del comprador, y que el vendedor se constituye en depositario de las mismas desde el momento de la perfección, no es suficiente para que el desplazamiento de los riesgos se produzca cuando se pruebe que realmente tal puesta a disposición no ha tenido lugar en la práctica. Asimismo, si con posterioridad a haber estado la cosa a disposición del comprador deja de estarlo por causa que no le sea imputable, los riesgos acaecidos con posterioridad a tal hecho, serán de cuenta del vendedor.

7.ª Cuando nada quepa deducir, mediante la interpretación del contrato acerca de la voluntad de las partes en orden a la determinación del momento en que ha de producirse la puesta a disposición de la cosa vendida y subsiguiente desplazamiento de los riesgos, y falte un uso de comercio generalmente observado que pueda resolver la cuestión, no bastará que el vendedor se encuentre dispuesto a entregar, ni que la cosa vendida esté *realmente* a disposición del comprador, sino que será, además, necesario que éste la reciba, o aquél, previo el cumplimiento de las formalidades

oportunas, la deposite judicialmente para que los riesgos puedan transmitirse al comprador, y nazca para éste la obligación de pagar el precio.

8.º En las ventas de «plaza a plaza», es decir, en aquellas en que las mercancías han de ser transportadas a sitio distinto de aquél en que se encuentran en el momento de perfeccionarse el contrato, hemos de distinguir dos supuestos diferentes: que el vendedor se haya obligado a situarlas en el lugar indicado en el contrato, o que, simplemente se haya comprometido a realizar su expedición a dicho lugar. En el primer caso, dados los términos contractuales, sólo quedará a disposición del comprador después de su llegada al punto de destino y los riesgos del transporte deberá soportarlos el vendedor; en el segundo, habrá de entenderse que, hecha la expedición en el punto de origen, la mercancía queda, desde luego, a disposición del comprador, que será, por lo tanto, quien desde luego la asuma. El hecho de que antes de la llegada y después de la expedición, pueda operarse una tradición simbólica, consistente en la entrega de los documentos representativos (cartas de porte, conocimientos de embarque, etc.), será suficiente para producir la transmisión de la propiedad, pero no alterará en ninguno de los dos casos, el momento del desplazamiento de los riesgos, que seguirá siendo en ambos, de acuerdo con el artículo 333, el convenido para la puesta a disposición. Claro está que si, debiendo quedar las cosas a disposición del comprador desde el momento de la expedición, el vendedor demora o niega injustificadamente la entrega de los documentos, habrá un incumplimiento del contrato por su parte, con todas las consecuencias que del mismo puedan derivar según la ley.

Podemos resumir toda esta doctrina en los siguientes términos: en principio, y según el C. de c., el vendedor soporta los riesgos hasta el momento de la entrega real de la cosa vendida; sin embargo, y, como quiera que dicha entrega exige actos del vendedor, pero también del comprador que ha de recibirlo, siempre que se pruebe que el vendedor ha realizado por su parte todos los actos necesarios, y que la entrega no ha tenido, sin embargo, lugar, por no haberse hecho cargo de la mercancía vendida, habremos de entender los riesgos transmitidos al comprador, pues no sería justo hacerlos gravitar sobre quien había cumplido íntegramente su obligación, sino más bien sobre el que ha diferido hacerse cargo de las cosas. De lo dicho se siguen las diferencias que existen entre la solución civil y la mercantil del problema, las cuales, en muchas ocasiones, pueden quedar reducidas en la práctica al mínimo.

Inspirado nuestro C. c. en el sistema o principio denominado de la perfección, parte de la base de que los riesgos se trasladan al comprador a partir del momento en que nace la obligación de entregar la cosa vendida, obligación que ordinariamente es simultánea a la perfección del contrato, y así ha de presumirse, salvo prueba en contrario; el Código de comercio, por el contrario, parece



fundarse en el opuesto principio de la tradición, vinculando al hecho de la entrega material la indicada transmisión de los riesgos, siquiera en aquellos casos en que tal entrega se halle sólo pendiente del recibo de la mercadería por parte del comprador, y el vendedor haya por su parte realizado todos los actos necesarios, baste la puesta a disposición de las cosas vendidas para producir ese efecto del desplazamiento de los riesgos.

