

x-54-118638-7

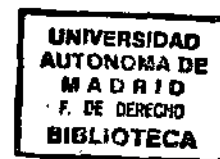
500  
- 5 -  
TD  
205

**FALTA DE CONFORMIDAD DEL OBJETO,  
MODELO DE COMPRAVENTA Y SISTEMA DE ACCIONES.  
EVOLUCION DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR  
NIEVES FENOY PICON**

**BAJO LA DIRECCION DEL  
PROF. DR. D. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO**

Q.O. 80.743



**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID.  
FACULTAD DE DERECHO.**

**NOVIEMBRE 1993.**

**TOMO I**

ABREVIATURAS. ....	I
INTRODUCCION. ....	IV
CAPITULO I: LA OBLIGACION ESPECIFICA Y LA GENERICA: ASPECTOS GENERALES. DELIMITACION DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.	
1. La clasificación de las obligaciones en específicas y genéricas: la razón de la distinción. ....	2
2. El carácter específico o genérico de la obligación como determinante de un régimen jurídico distinto. La dificultad de desarrollar el régimen de la obligación genérica. ....	5
3. Aproximación histórica a la obligación genérica. ....	8
3.1. La obligación genérica en el Derecho romano. ....	8
3.2. La doctrina de Antonio Gómez. ....	11
3.3. La doctrina de Pothier. ....	14
3.4. La doctrina de Windscheid. ....	18
3.5. La doctrina española del XIX anterior al Código civil. ....	19
3.6. Conclusiones. ....	23
4. Algunas manifestaciones de la diferencia de régimen entre las obligaciones específicas y genéricas. ....	23
4.1. Precisiones terminológicas. ....	25
4.1.1. "Cosa determinada" y "cosa indeterminada". ....	26
4.1.2. "Cosa específica" y "cosa genérica". ....	28
4.1.3. "Cosa no fungible" y "cosa fungible". ....	29
4.2. Los límites operativos de la acción de cumplimiento <i>in</i> <i>natura</i> : art. 1096 párrafos I y II CC. ....	37

4.3. Las normas de la LEC sobre ejecución forzosa de sentencias en las obligaciones de dar, según sea cosa específica o genérica: arts. 926 ss LEC	50
4.4. El requisito de la identidad en el pago y la calidad de la cosa debida: arts. 1166 párrafo I y 1167 CC.	53
4.5. La calidad debida en el legado genérico y en el específico: arts. 875 párrafo III, 876 y 883 CC.	60
4.6. El lugar del pago: art. 1171 párrafos II y III CC.	64
4.7. Ambito de aplicación de la imputación de pagos: art. 1172 párrafo I CC.	70
4.8. El problema del riesgo de la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa: art. 1182 CC.	74
4.9. El problema de la homogeneidad entre las deudas compensables: art. 1196.2º CC.	86
4.10. Conclusiones.	97
5. El carácter específico o genérico de la compraventa, como determinante de un régimen jurídico distinto.	98
6. Particular consideración del problema de la identidad del pago y de la calidad de la cosa debida. Delimitación del objeto de nuestra investigación.	101

## CAPITULO II: EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL: LA COMPRAVENTA CIVIL.

1. El punto de partida de la doctrina: la diversificación entre la compraventa específica y la genérica.	112
2. El Derecho inglés como elemento de contraste.	115
3. El desenvolvimiento del régimen de la compraventa genérica a partir de los criterios ofrecidos por la doctrina.	128
3.1. El régimen de la compraventa genérica, según la mayoría de los autores: posibilidad de utilizar las acciones generales de incumplimiento hasta el momento de la especificación	128

3.2. La especificación como límite del régimen particular de la compraventa genérica. . . . .	137
3.2.1. Fuentes de la especificación. . . . .	139
3.2.2. Quién hace la especificación. . . . .	139
3.2.3. Momento de la especificación. . . . .	144
3.2.4. Unidad o pluralidad temporal de la especificación, según los efectos que determina. . . . .	148
3.3. El régimen de la compraventa genérica, según la opinión particular de algunos autores: ampliación de la utilización de las acciones generales de incumplimiento. . . . .	148
3.3.1. La tesis de R. Bercovitz. . . . .	149
3.3.2. La tesis de A. Orti. . . . .	149
4. El desenvolvimiento del régimen de la compraventa específica. . . . .	155
4.1. Los argumentos favorables a que la compraventa específica es el supuesto de hecho de las acciones edilicias. . . . .	155
4.2. El saneamiento por vicios ocultos: Breve exposición del mismo. . . . .	159
4.3. Naturaleza jurídica de las acciones edilicias e inserción de las mismas en el sistema general de acciones. Planteamiento del problema y esquema a seguir. . . . .	163
4.3.1. El error del comprador como fundamento de las acciones edilicias. . . . .	168
A. El error como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina francesa del XIX. . . . .	169
B. El error como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina española del XIX y en la actual. . . . .	175

B.1. La doctrina española del XIX anterior al Código civil.	176
B.2. Las "Concordancias" de García Goyena y el Proyecto de Código civil de 1851.	187
B.3. La doctrina española posterior al Código civil.	192
4.3.2. El incumplimiento del vendedor como fundamento de las acciones edilicias.	200
A. El incumplimiento y el Código civil francés.	207
A.1. La doctrina de Pothier.	207
A.2. La doctrina de F. Laurent.	209
B. El incumplimiento como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina española del XIX y en la actual.	213
B.1. La tesis de R. Bercovitz.	214
B.2. La tesis de A. Rojo.	217
B.3. La tesis de T. Rubio Garrido.	218
B.4. La tesis de G. García Cantero.	229
B.5. El cumplimiento defectuoso y las acciones edilicias.	230
4.3.3. La imputación del riesgo del carácter defectuoso de la cosa al vendedor, como función de las acciones edilicias.	232
4.3.4. Las acciones edilicias como remedio fundado en la responsabilidad del vendedor.	234
4.3.5. La lesión del comprador como fundamento de las acciones edilicias.	235
4.3.6. Breves conclusiones sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de las acciones edilicias.	238

4.4. Concurrencia y articulación de las acciones edilicias y las generales fundadas en el error o en el incumplimiento. . . . .	241
4.4.1. Las posibles soluciones al problema de la concurrencia. Sus consecuencias prácticas. . . . .	243
A. La ley especial deroga a la general. . . . .	245
B. La regla de la opción del comprador. . . . .	251
C. La regla de la acumulación de acciones. . . . .	254
4.4.2. El planteamiento del problema del concurso entre las acciones edilicias y las generales en la doctrina española. Las diferentes posturas. . . . .	256
5. Conclusión: La tendencia doctrinal hacia el mantenimiento de la diferencia de régimen entre la compraventa específica y la genérica. . . . .	261
6. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: argumentos utilizados. . . . .	262
6.1. Observaciones previas. . . . .	262
6.2. El argumento de la compatibilidad de acciones. . . . .	263
A. Contenido. . . . .	263
B. Observaciones críticas. . . . .	267
B.1. Los distintos significados de la "compatibilidad entre acciones", en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. . . . .	267
B.2. El régimen de la concurrencia: Las distintas reglas jurisprudenciales aplicadas a la concurrencia entre acciones generales y especiales. . . . .	269
6.3. El criterio funcional: Argumento de la inutilidad o no aptitud de la cosa adquirida. . . . .	271
6.3.1. El criterio funcional aplicado a las acciones edilicias. . . . .	273

A. Contenido. . . . .	273
B. Observaciones críticas. . . . .	276
6.3.2. El criterio funcional aplicado a las acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria de los arts. 1096, 1124 y 1101 CC, en el contrato de compraventa. . . . .	277
A. Contenido. . . . .	277
A.1. La conexión entre la inutilidad de la cosa y la consiguiente insatisfacción del comprador. . . . .	283
A.2. El argumento del <i>aliud pro alio</i> e inhabilidad de la cosa, en la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC. . . . .	290
A.3. La radical distinción del campo en que operan las acciones generales por incumplimiento, del en el que operan las edilicias. El origen procesal de la afirmación. . . . .	293
B. Observaciones críticas. . . . .	297
B.1. El distinto modo de producirse el incumplimiento en la compraventa específica y en la genérica: incumplimiento de deberes de prestación. . . . .	297
B.2. La insatisfactoria distinción jurisprudencial entre el supuesto del incumplimiento y el de los vicios ocultos.- Incumplimiento por inhabilidad de la cosa y transformación de la responsabilidad contractual . . . . .	306

B.3. El principio de la seguridad jurídica en las reclamaciones por las anomalías cualitativas de la cosa. El problema de la determinación de la causa <i>petendi</i> en el proceso civil. . . . .	317
6.3.3. El criterio funcional aplicado a la acción de responsabilidad por ruina del edificio del art. 1591. I CC. . . . .	325
A. Contenido. . . . .	325
A.1. Justificación del estudio y esquema a seguir. . . . .	326
A.2. La equiparación del vendedor-promotor al constructor del inmueble. . . . .	327
A.3. La legitimación activa de los adquirentes de pisos y locales de comercio, contra el constructor y demás intervinientes en la obra. . . . .	329
A.4. La ampliación del concepto de ruina del art. 1591.I CC: La ruina funcional. . . . .	332
A.5. El diferente ámbito en el que operan la acción de ruina del art. 1591.I CC y las acciones edilicias. Contexto procesal en el que se produce el pronunciamiento del Tribunal Supremo. . . . .	334
B. Observaciones críticas. . . . .	337
B.1. El reforzamiento jurisprudencial de la protección de los adquirentes de pisos y locales de comercio. . . . .	337



B.2. El problema de la corrección dogmática de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al art. 1591.I CC. ....	339
6.3.4. El criterio funcional aplicado al error. ....	342
A. Contenido. ....	342
B. Observaciones críticas. ....	344
B.1. El error vicio del consentimiento y el carácter específico o genérico de la obligación del vendedor. ....	344
6.3.5. Conclusión: El argumento de la inutilidad de la cosa y la transformación del sistema. ....	348
6.4. La irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa celebrada. ....	348
A. Contenido. ....	348
B. Observaciones críticas. ....	351
B.1. Los inmuebles como posible objeto de una obligación de género limitado. ....	351
B.2. La irrelevancia del carácter específico o genérico de la venta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ....	356
7. Conclusiones tras el análisis de la jurisprudencia. ....	357
8. Breves conclusiones del Capítulo II. ....	359

### **CAPITULO III: EL SISTEMA DEL CODIGO DE COMERCIO: LA COMPRAVENTA MERCANTIL.**

1. La regulación del contrato de compraventa en el Código de comercio de 1829 y en el vigente: juicio crítico. ....	362
---	-----

2. La denominada compraventa de consumo empresarial ¿Tiene carácter mercantil o civil?: El estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia. . . . .	370
3. Modelos de compraventa contenidos en el art. 336 CCO. . . . .	385
4. Modelos de compraventa contenidos en el art. 342 CCO. . . . .	388
5. Aproximación histórica al problema de las anomalías cualitativas de las mercancías vendidas. La general irrelevancia del carácter genérico o específico de la obligación. . . . .	389
5.1. La doctrina de Tomás de Mercado: el "precio accidental"; licitud de la venta; defecto aparente y defecto oculto. . . . .	390
5.2. La doctrina de Hevia Bolaños: Dolo grave y dolo accidental; vicios redhibitorios. . . . .	394
5.3. La doctrina de Pardessus: vicios aparentes ("calidad"); venta con transporte; vicios redhibitorios; compraventa específica y genérica. . . . .	396
5.4. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737: Compraventa sobre muestras y sin ellas; no existencia de fraude; fraude del vendedor y fraude del comprador. . . . .	402
6. El Código de comercio de 1829 y la doctrina mercantil que lo interpreta. Irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa. . . . .	405
6.1. Los vicios aparentes: el art. 370.I CCO 1829 y la doctrina mercantil. . . . .	406
6.2. Los vicios ocultos: el art. 371 CCO 1829 y la doctrina mercantil. . . . .	409
7. Los arts. 336 y 342 del actual Código de comercio y la continuada y general irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa. . . . .	414
7.1. Supuestos de hecho y consecuencias jurídicas de los arts. 336.I, II y III, y 342 CCO. El art. 345 CCO. Esquema a seguir en su exposición. . . . .	414
7.2. Vicio, defecto de calidad y prestación diversa ( <i>aliud pro alio</i> ); carácter aparente y oculto. La aparición en nuestro ordenamiento de esas categorías. Concepto y consecuencias. . . . .	418

7.3. Las acciones del comprador por los "vicios internos" de las mercancías (art. 342 CCO).	426
7.4. El plazo del art. 342 CCO: treinta días, siguientes a la entrega de la cosa.	429
7.5. El momento de la recepción de las mercancías y el plazo de cuatro días. El plazo de ejercicio de las acciones (art. 336 CCO).	430
7.6. Valoración global sobre la doctrina mercantil: la continuación de la generalizada irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa.	431
8. El Derecho italiano: Un modelo de Derecho comparado.	434
8.1. Vicios y defectos de calidad en el Código civil italiano de 1942: Aspectos divergentes y coincidentes de su régimen jurídico.	435
8.2. La <i>Relazione</i> del Ministro del <i>Guardasigilli</i> : El propósito unificador de los plazos de denuncia y de ejercicio de la acción en los supuestos de vicios y defectos de calidad: Razones para la unificación. El expreso conocimiento del <i>aliud pro alio</i> como figura independiente	442
8.3. El desarrollo jurisprudencial del sistema del Código civil italiano de 1942: Vicio, defecto de calidad, <i>aliud pro alio</i> . La política de protección al comprador. Algunos casos típicos.	444
8.4. Crítica de la doctrina italiana a los criterios empleados por la jurisprudencia en la distinción vicios, defectos de calidad y <i>aliud pro alio</i> .	457
9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: argumentos utilizados.	459
9.1. Observaciones previas.	459
9.2. La exigencia de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, para ejercitar alguna de las acciones de los arts. 336 y 342 CCO.	462
A. Contenido.	462

A.1. Las funciones desempeñadas por el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC: cauce de denuncia y medio de prueba. ....	466
A.2. El ámbito de aplicación de la exigencia de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. ....	469
A.3. Excepciones a la regla de exigibilidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. ....	473
A.4. Justificación práctica y jurídica de la exigencia jurisprudencial de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. ....	477
B. Observaciones críticas. ....	481
B.1. La posibilidad de denunciar los defectos de la mercancía por un cauce diferente al del art. 2127 LEC. ....	481
B.2. El procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC como un medio más de prueba de los defectos de la mercancía. ....	482
B.3. La aplicación del procedimiento del art. 2127 LEC en los supuestos del art. 336 CCO. Justificación: Valoración crítica. ....	485
B.4. La aplicación del procedimiento del art. 2127 LEC en los supuestos del art. 342 CCO. Justificación: Valoración crítica. ....	489
9.3. El incumplimiento por inhabilidad total de la cosa, las acciones de los arts. 1101 y 1124 CC y la compraventa mercantil. ....	489
A. Contenido. ....	489
B. Observaciones críticas. ....	493

B.1. Unificación material del régimen de la compraventa civil y mercantil en el problema de las anomalías cualitativas de la cosa. . . . .	493
B.2. La posible ruptura de la idea de que la seguridad y la rapidez que exige el tráfico mercantil imponen la existencia de plazos cortos en el ejercicio de acciones. . . . .	496
9.4. La aceptación de la mercancía por el comprador. . . . .	506
A. Contenido. . . . .	506
B. Observaciones críticas. . . . .	507
9.5. La falta de denuncia del defecto, o el ejercicio extemporáneo de la acción. La no demostración de la existencia de defectos en la mercancía. . . . .	509
A. Contenido. . . . .	510
B. Observaciones críticas. . . . .	511
9.6. La naturaleza de la obligación de entrega del vendedor: obligación de género limitado; obligación específica. . . . .	512
A. Contenido. . . . .	512
B. Observaciones críticas. . . . .	515
9.7. Conclusiones tras el análisis de la jurisprudencia. . . . .	515
10. Breves conclusiones del Capítulo III. . . . .	517

**CAPITULO IV: RASGOS BASICOS DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS.**

1. Dos ejemplos, relativamente recientes, de unificación de acciones en el contrato de compraventa. . . . .	520
---	-----

2. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984: la garantía de art. 11, y la aplicación de otras normas, en virtud del art. 7. . . . .	523
3. La Convención de Viena, de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. La "no conformidad" y sus consecuencias. . . . .	549
4. Breves conclusiones del Capítulo IV. . . . .	560
 CONCLUSIONES. . . . .	 562
 APENDICE DE EXTRACTOS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. . . .	 569
 LISTA CRONOLOGICA DE EXTRACTOS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. . . . .	 806
 BIBLIOGRAFIA CITADA. . . . .	 812

## ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho civil
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
Am.J.Comp.L.	American Journal Comparative Law
APCC 82-88	Anteproyecto de Código civil de 1882-1888
AR	Aranzadí, Repertorio de Jurisprudencia
Art.	Artículo
AvPCC	Avant-Projet de Révision du Code Civil de Laurent
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
C.c. belga	Código civil belga
C.c. francés	Código civil francés
CCH	Nuevo Código civil Holandés
CC ital. 1865	Código civil italiano de 1865
CC ital. 1942	Código civil italiano de 1942
CCP	Código civil portugués de 1966
CCO 1829	Código de comercio de 1829
CCO	Código de comercio de 1885
CCO francés	Código de comercio francés de 1807
CCO ital. 1882	Código de comercio italiano de 1882
Cdo	Considerando
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CL	Colección Legislativa
CO suizo	Código de obligaciones suizo de 1911
CV	Convención de Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías
D	Digesto
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
EC	Estudios sobre el Consumo
EGCU	Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario
EM	Exposición de Motivos
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
GU	Gazzeta Ufficiale
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC 1851	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1851
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios
LTM	Ley de Transporte Marítimo sobre conocimientos de embarque en los buques mercantes, de 22 de diciembre de 1949

LUCI	Ley Uniforme sobre compraventa internacional de bienes muebles corporales, de 1 de julio de 1964
LUFCI	Ley Uniforme sobre la formación de los contratos para la venta internacional de bienes muebles corporales, de 1 de julio de 1964
LL	La Ley
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentata
P	Partida
PCC 1836	Proyecto de Código civil de 1836
PCC 1851	Proyecto de Código civil de 1851
PJ	Poder Judicial
PLGDCU	Proyecto de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984
RAP	Revista de la Administración Pública
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDComm	Rivista di Diritto Commerciale
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica de Navarra
R.Scién.Giu	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Sect	Sección
SGA	Sales of Goods Act 1979
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SS TS	Sentencias del Tribunal Supremo
SS TC	Sentencias del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law



**INTRODUCCION**

Esta tesis doctoral, como su título indica, se sitúa ante el problema de la falta de conformidad de la cosa vendida. Pretende analizar un campo problemático más amplio que el del saneamiento por vicios ocultos y tratar, en general, de las anomalías cualitativas del objeto de la compraventa.

Intencionadamente empleamos la expresión "falta de conformidad", utilizada por la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena), pues permite agrupar toda la problemática de la que nos vamos a ocupar.

Nuestro ordenamiento, al igual que otros del ámbito continental, no ofrece una respuesta única. El régimen jurídico depende del modelo de compraventa celebrado, de que sea específica o genérica, civil o mercantil; pero, además, de cómo se articulen las acciones especiales que ofrece cada modelo con las generales del Derecho de la contratación.

Los modelos aludidos están ofrecidos, fundamentalmente, por el Código civil y el de comercio. No es atrevido afirmar que en estos momentos se encuentran sometidos a revisión. De ellos vamos a tratar; pero con vistas a clarificar esa tarea revisora, hemos considerado útil orientar nuestro estudio hacia la evolución, tanto en el modo de entenderlos la doctrina como en el de aplicarlos la jurisprudencia, durante el tiempo que nos separa de la codificación mercantil y civil. Esta tarea se mezcla, cuando resulta conveniente, con la exposición de los antecedentes históricos y la comparación con determinados modelos significativos de otros ordenamientos.

Podemos adelantar que el examen de los tópicos jurisprudenciales pone de manifiesto una evolución correctora del sis-

tema codificado, que está marcada por una tendencia hacia la unificación, tanto de los supuestos como de los regímenes aplicables. Es ésta una orientación que hoy tiende a imponerse.

Al campo de estudio que acabamos de acotar, que constituye el núcleo principal de la tesis, vamos añadir una referencia a otros dos modelos de compraventa, más recientes, pero también vigentes en el ordenamiento español: Son los correspondientes a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 (art. 1.2 y 1.3), y a la Convención de Viena.

El estudio profundo de la Convención está todavía por hacer entre nosotros, y no pretendemos realizarlo en este trabajo. Pero ello no nos impide destacar sus directrices, por su interés. Hoy existe una convicción, justificada, de que la Convención de Viena, por su capacidad de simplificación, ofrece una respuesta jurídica adecuada al problema de la falta de conformidad. No es extraño: téngase en cuenta que recoge los esfuerzos unificadores desarrollados durante más de medio siglo por muy ilustres juristas.

Valga todo esto como explicación del título de nuestra tesis, y de delimitación de su objeto. No obstante, una mayor precisión sobre el tema lo encontrará el lector en el epígrafe sexto del capítulo primero.

**CAPITULO I.**

**LA OBLIGACION ESPECIFICA Y LA GENERICA**

**DELIMITACION DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO**

**1. La clasificación de las obligaciones en específicas y genéricas: la razón de la distinción.**

[1].- El criterio en que se apoya esta clasificación de las obligaciones es el grado de determinación de su objeto <sup>(1)</sup>. La indeterminación ha de respetar el límite que impone el art. 1273 CC: el objeto debe ser una cosa determinada en cuanto a su "especie". Aunque este precepto alude a las obligaciones cuyo origen es el contrato, entendemos que establece una regla aplicable a toda obligación, con independencia del título jurídico por el que aquélla surge <sup>(2)</sup>. Piénsese, por poner un ejemplo, en el caso del legado genérico.

[2].- La obligación específica se caracteriza porque en el momento de su nacimiento el objeto está totalmente individualiza-

---

1) CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 167.

Como modalidad de obligación genérica menciona nuestra doctrina la obligación de género limitado. En este tipo de obligación, el género del cual debe extraerse la cosa se determina mediante circunstancias externas como es el lugar de procedencia del género u otra semejante. Por ejemplo: 10 litros del vino que produce mi viña.

La doctrina suele destacar como rasgo peculiar de la obligación de género limitado, que el deudor se libera si todas las cosas del mismo desaparecen por caso fortuito. Así: CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III" p. 172; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º" pp. 93 y 95-96; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II" pp. 222-223; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II" p. 157; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias" p. 299. Véase también infra, nota n.º 165; critica el que la obligación de género limitado sea una modalidad de la genérica, HERNANDEZ GIL ("Derecho de obligaciones-I" p. 130), siendo seguido por F.J. SANCHEZ CALERO [RDP, (1980), pp. 651-653].

2) Implícitamente en este sentido HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", p. 129.

do (3). Un caso de obligación específica es, por ejemplo, la del vendedor que enajena un determinado coche, de segunda mano, con matrícula X.

A efectos del pago, esta manera de identificar el objeto se traduce en que el deudor sólo cumple si entrega esa concreta cosa. Cuando el deudor ofrece al acreedor otra diferente (un 'aliud') no hay cumplimiento; y es indiferente el que esa otra cosa sea muy similar a la debida (4), o incluso tenga, en comparación, un valor económico notablemente superior (art. 1166.I CC) (5).

Volviendo al ejemplo del coche, el deudor tan sólo paga si entrega ese vehículo de matrícula X. No constituye pago la entrega del coche de matrícula Y; y en el supuesto de que el acreedor lo acepte como tal, nos encontramos ante una dación en pago. Pero no se olvide, que requisito ineludible para la validez de la dación en pago es el consentimiento del acreedor, con lo que la situación originaria ha cambiado.

[3].- El objeto de la obligación genérica se determina por su pertenencia a un género (6). Por género entendemos la represen-

---

3) CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 167; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II", p. 215; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 156; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 291; F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), p. 644.

4) Si la similitud llega hasta el punto de permitir sustituir una cosa por otra, se plantea la cuestión de la relación entre los conceptos de fungibilidad y de obligación específica; al respecto, infra, n.º 25 y 26.

5) Sobre la regla del art. 1166.I CC, infra, n.º 35.

6) CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 167; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II", p. 215; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º",

tación intelectual de un conjunto de cosas que tienen como denominador común la posesión de una o varias características (7). Un ejemplo de obligación genérica es la del vendedor que ha pactado la entrega de 100 toneladas de tomate de primera calidad.

Esta forma de determinar el objeto de la obligación repercute igualmente en el pago: el deudor sólo cumple si entrega una cosa que procede del género. Satisfecho este requisito, es indiferente cuál sea la cosa materialmente dada, pues la entrega de cualquiera, procedente del género pactado, constituye un pago válido (8).

En el caso de los tomates de primera calidad es jurídicamente irrelevante que el deudor adquiriera las 100 toneladas en un mercado oficial, o directamente a uno o varios agricultores, o que ya los tuviera en su poder, cuando la obligación surgió. Pero en todo caso sí que es indispensable que los tomates ofrecidos en pago al acreedor, sean de primera calidad.

---

p. 91; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 156; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 291; F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), p. 644.

7) HERNANDEZ GIL precisa que el género no debe entenderse "desde un punto de vista rigurosamente filosófico o físico", pues el Derecho se mueve entre "criterios sociales y económicos, más flexibles y aptos para la humana realización de la justicia" ("Derecho de Obligaciones-I", p. 129). Esta noción de género es compartida por otros autores: DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 291; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 91.

Véase también: F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), pp. 645-646.

8) Sobre el requisito de identidad del pago en la obligación genérica, infra, n.ºm. 36.

2. El carácter específico o genérico de la obligación como de terminante de un régimen jurídico distinto. La dificultad de desarrollar el régimen de la obligación genérica.

[4].- Calificar a una obligación de específica o de genérica implica, tanto aplicar unas determinadas reglas, cuanto descartar la aplicación de otras. En otras palabras: la obligación específica y la genérica tienen un régimen jurídico distinto, al menos hasta el momento en que la segunda se especifica (9). Uno de estos aspectos diferenciales lo acabamos de apuntar (el requisito de identidad en el pago), sin perjuicio del desarrollo que tanto de éste, cuanto de otros, hacemos más adelante (10).

[5].- Admitido que la obligación específica y la genérica poseen un peculiar régimen jurídico, el siguiente paso lógico es concretar su contenido. De inmediato surge la dificultad de identificar en qué consiste el régimen de la obligación genérica. Esta dificultad encuentra su causa en que el codificador civil apenas presta atención a este modelo obligacional (11). Tal afirmación cuenta en su apoyo con estos dos datos: a) En la exposición de las reglas de los diversos tipos de obligaciones,

---

9) Resaltan la idea del diferente régimen: Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", p. 397; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II", pp. 218-222; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 168-171.

10) Véase infra, n.ºm. 27 y ss.

11) Por ejemplo, ORTI ("La protección" p. 88), quien sigue a Díez-Picazo (al respecto, infra, nota n.º 13).



el Código civil no dedica un apartado concreto a las obligaciones genéricas (12). b) La regulación que el Código civil establece en el régimen general de las obligaciones, tiene fundamentalmente presente a las obligaciones de dar cosa específica o a las pecuniarias (13).

Añádase a lo anterior, que cuando el Código civil regula los diferentes negocios jurídicos que contienen (mutuo) o pueden contener una obligación genérica (legado, compraventa, donación) mezcla reglas propias de esta obligación, con otras propias del título por el cual la obligación nace. Esto impone al intérprete la localización de las reglas peculiares a la obligación genérica y la constatación de en qué medida poseen un carácter general; es decir, que son reglas aplicables a la obligación genérica con independencia del título por el que surja (14). Ahora bien, afirmar esta escasa atención legis-

---

12) HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", p. 128; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 94; F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), p. 644. Tampoco la doctrina española del XIX dedica un especial estudio a la obligación genérica (cfr. infra, n.ºm. 17 y 18).

13) Así lo resalta DIEZ-PICAZO: "El Derecho de las obligaciones en la codificación civil española", en "Centenario CC-I", p. 716; esta idea ya la había señalado en un trabajo anterior: "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", (1983), p. 317.

No se trata de una peculiaridad del ordenamiento español. En este sentido, por ejemplo, también la regulación de las obligaciones en el BGB utiliza el modelo de la obligación específica. No obstante esto, contiene algunas reglas especiales sobre la obligación genérica en la parte general (§§ 243, 279 y 300.(2) BGB), y en las particulares relaciones obligatorias [compraventa (§§ 480, 481, 491, 493 BGB)], donación (§ 524.(2)), legado (§§ 2155, 2182, 2183 BGB)] [LARENZ, "Lehrbuch des Schuldrechts. I Allgemeiner Teil", 14.ª ed., (1987), p. 152; MEDICUS, "Schuldrecht, Allgemeiner Teil", 3.ª ed., (1987), p. 88].

14) Esta tarea la realiza, por ejemplo, CAFFARENA, quien tras analizar el legado genérico, la compraventa genérica y el mutuo llega a la conclusión de que, por lo general, en la obligación genérica el riesgo del perecimiento de todo el género es del

lativa no significa, es evidente, el que el Código civil desconozca al modelo de la obligación genérica. De hecho, el Código civil contiene diversos y desperdigados artículos cuyo supuesto de hecho lo constituye esta obligación, como son los arts. 1096.II, 1167 CC, etc.

La escasa atención legislativa de la obligación genérica también se refleja en la doctrina. Aunque ésta admite que son distintos el régimen de la obligación específica y el de la genérica, no se ha preocupado de identificar en qué consiste el de la segunda. Por lo general, los autores se limitan a la mención de los arts. 1096.II, 1167 y 1182 a 'sensu contrario'; y ya al margen del Código civil y de cualquier otra norma, inexistente, desarrollan el concepto de concentración o especificación de la obligación genérica <sup>(15)</sup>. Súmese a esto que, aunque hay estudios monográficos sobre algún concreto aspecto de la obligación genérica, no se encuentra un estudio global sobre ésta <sup>(16)</sup>.

---

deudor [al respecto y con mayor detalle infra, n.ºm. 47; también, ADC, (1982), p. 291]. Idéntico método emplea MOREU, quien defiende la regla de la especificación unilateral y previa al cumplimiento, si las partes nada han dicho (desarrollamos su opinión, infra, n.ºm. 70).

15) HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", pp. 128 y 132-136; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 169-171; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II", pp. 218-222; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 94-100; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", pp. 156-157; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 293-299.

También aluden a los arts. 875 a 877 CC Hernández Gil, Puig Brutau y Sancho Rebullida.

16) La excepción es el trabajo de F.J. SANCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", RDP, (1980), pp. 644-660.

### 3. Aproximación histórica a la obligación genérica.

[6].- Ofrecemos a continuación unas breves pinceladas históricas sobre la obligación genérica. En la selección de estos breves apuntes históricos, hemos manejado diferentes coordenadas. Comenzamos la exposición con el Derecho romano. La seguimos con determinados de autores. Los hemos elegido, bien porque son claves en la historia de nuestro Derecho (A. Gómez), bien porque influyen indirectamente en el Código civil a través de su influencia en el Código civil francés (Pothier), bien porque representan a otras áreas de la cultura histórico-jurídica, ofreciendo con ello un interesante punto de comparación (Windscheid, como exponente de la última pandectística alemana). Finalmente, desarrollamos la opinión de la doctrina española del XIX, como antecedente inmediato del Código civil.

A grandes rasgos, hemos encontrado las siguientes orientaciones. En unos casos la obligación genérica no es objeto de particular atención. En los casos en los que sí lo es, la cuestión principal es la de su autonomía frente a otros tipos de obligaciones, como la obligación condicional, y, sobre todo, la alternativa. En ocasiones, se parte, sin más, de la independencia de la obligación genérica frente a la alternativa, aunque la exposición del régimen de la primera coincide prácticamente (remisión) con el de la segunda.

#### 3.1. La obligación genérica en el Derecho romano.

[7].- Aunque el Derecho romano conoce la obligación genérica (17), su carácter casuístico justifica la inexistencia de un régimen general, peculiar a la misma. Dos reglas del Derecho romano han llegado hasta nuestro Código civil.

La primera de ellas es la de la calidad media. Si bien en una primera etapa del Derecho romano el deudor podía liberarse entregando cualquier cosa que perteneciera al género --dando incluso la de peor calidad-- Justiniano impuso que el deudor diera una cosa de la calidad media (18).

La segunda regla del Derecho romano, recogida en el Código civil, es la de que si las cosas escogidas por el deudor a efectos del cumplimiento parecen fortuitamente, éste no se libera de su obligación. El deudor tendrá que procurarse, otra vez, cosas procedentes del género, con el fin de pagar al acreedor (19).

[8].- Un último rasgo queremos destacar sobre la obligación genérica en el Derecho romano. Consiste éste en que, por lo general, las obligaciones genéricas son obligaciones de Derecho estricto (20), lo cual significa que el acreedor dispone de acciones de esta naturaleza, en las que el juez tan sólo puede

---

17) LEMPPENAU "Gattungsschuld", p. 30.

18) KASER "Derecho romano privado", versión directa de la 5.ª ed. alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.ª ed., (1982), p. 160. Los textos son D. 17.1.52 y 30.37.

19) KASER "Derecho privado romano, versión directa de la 5.ª ed. alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.ª ed., (1982), p. 160.

20) LEMPPENAU "Gattungsschuld", p. 33.

condenar o absolver al deudor (21).

Así ocurre, por ejemplo, en la compraventa genérica. Recordemos que el contrato consensual de compraventa romano ('emptio-venditio') estaba diseñado para la compraventa manual; es decir, para la compraventa específica. El Derecho romano no conoció la compraventa genérica. Pero el gran comercio, que sin duda existía, hacía necesario este último modelo de compraventa, que no estaba cubierto por un específico tipo legal, como la 'emptio venditio'. Por otra parte, sabido es que el Derecho romano no reconocía a los particulares la libertad de poder crear nuevos tipos. Esto hizo que tuviera que recurrirse a una doble 'stipulatio' (cuya acción es de derecho estricto), para hacer vinculantes a las ventas del comercio (22).

En cuanto a la acción de restitución del préstamo por el prestamista, ésta es de derecho estricto (23).

---

21) Es conocido que en el Derecho romano las acciones se dividen en 'acciones stricti iuris' y 'acciones bonae fidei'. Esta distinción es básica, dado que determinan los márgenes en los que la decisión judicial puede desenvolverse. Así, como ya hemos señalado en el texto, en las acciones de Derecho estricto el acreedor somete a conocimiento del juez una determinada pretensión a través de una fórmula, y aquél sólo puede absolver o condenar al deudor. En cambio, en las acciones de buena fe el objeto de la reclamación no está determinado, se realiza con una fórmula incierta, y el juez puede determinar el contenido de la prestación debida (LEMPPENAU "Gattungsschuld", p. 30).

22) En este punto LEMPPENAU sigue las conclusiones mantenidas por Seckel/Levy en un conocido trabajo, que estos autores realizaron sobre la compraventa [en "Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung", 47, (1927), pp. 122 ss]. Parece, sin embargo, que la compraventa consensual romana sí se ensanchó hasta abarcar a la compraventa de género limitado. En este caso la regla de que la compraventa se perfecciona por el intercambio de consentimientos se habría alterado, y se perfeccionaría en el momento en que la cosa es separada del género limitado (LEMPPENAU "Gattungsschuld", pp. 33-34).

23) LEMPPENAU "Gattungsschuld", pp. 34-35.

Finalmente, dentro de las acciones testamentarias que poseen carácter estricto, está la correspondiente al legado 'per damnationem', con el que podía legarse una cosa de cualquier género (24).

### 3.2. La doctrina de Antonio Gómez.

[9].- La preocupación fundamental que la obligación genérica suscita en el pensamiento de este autor es su construcción jurídica. Por ello su exposición se limita a desarrollar las diferentes construcciones doctrinales que se han defendido, así como la opinión que cada una de ellas le merece (25). En concreto, habla de cuatro construcciones distintas:

a) La primera defiende que todas las cosas contenidas en el género están, sin más, en la obligación. Antonio Gómez se limita a afirmar que esta opinión es reprobada por Bártolo (26).

b) La segunda opinión sostiene que todas las cosas que componen el género están en la obligación, bajo la condición de pago. Antonio Gómez la califica de falsa, alegando para ello una serie de razones.

---

24) LEMPPENAU "Gattungsschuld", p. 35.

25) ANTONIO GOMEZ "Variae Resolutiones", tomo II "De los contratos", capítulo XI "De las cualidades en el contrato", n.º 49: "Cuando el contrato es en género, no determinado en especie, que está en obligación", pp. 336-338.

Hemos de advertir que en la edición que manejamos hay una pequeña errata consistente en que en vez de enumerar con el número 49, se repite dos veces el número 48.

26) "Variae Resolutiones", tomo II, n.º 49, pp. 336-337.

Primera: si todas las cosas están en la obligación bajo dicha condición, nunca se puede ir contra el deudor pues, antes del pago, la condición no se ha cumplido, y después del pago ya no hay obligación.

Segunda: si la cosa genérica es objeto de un legado o es dejada por disposición de última voluntad, no podría ser transmitida, porque los derechos condicionales no son transmisibles de este modo (27).

c) La tercera opinión, expuesta por Antonio Gómez, entiende que todas las cosas del género están en la obligación, como si se tratase de una obligación alternativa. El presente autor vuelve a calificar de falsa a esta opinión e, igualmente, aporta una serie de razones.

Primera: mientras que en la obligación alternativa la cosa es cierta y determinada, así como expresamente prometida, en la obligación genérica ninguna cosa está expresamente prometida, ni determinada.

Segunda: si bien en la obligación alternativa el deudor puede elegir y entregar la cosa que quiera, en la genérica debe entregar una cosa que sea de tipo medio ("mediocre").

Tercera: en la obligación alternativa si todas las cosas perecen, la obligación se extingue automáticamente. En cambio, la obligación genérica no se extingue, porque el género no puede perecer.

Sentada esta tercera crítica, Antonio Gómez matiza, según que, percidas todas las cosas del género, haya o no esperanza

---

27) "Variae Resolutiones", tomo II, n.º 49, p. 337.

de que puedan volver a existir cosas del mismo, por facultad humana. Así, si se promete un siervo, en general, y perecen todos los del mundo, en tanto en cuanto subsiste la esperanza de que pueda haber siervos, por ser cautivos del enemigo o por venta de hombres libres por deudas, el deudor no se libera, ni la obligación se extingue. En cambio, si se promete un caballo, en general, y todos los del mundo perecen, cesa la esperanza de que puedan volver a existir otros caballos y el deudor queda liberado (28).

d) La cuarta y última opinión en la exposición de A. Gómez considera que, aunque en la obligación genérica ninguna cosa es cierta y determinada, como la cosa deviene determinada en el momento del pago, puede fingirse que desde el principio ella misma estaba en la obligación. Antonio Gómez vuelve a discrepar, dando dos argumentos.

Primero: la ley nunca finge, salvo porque haya una justa causa y por necesidad, y aquí no la hay.

Segundo: la ley no puede fingir eso, porque el deudor de cosa genérica puede pagar con una cosa de nueva creación y en tal caso no puede afirmarse que la cosa existía cuando el contrato se prometió: aquélla no estaba en la naturaleza. Ni se puede igualmente extender una ficción (29).

Finalmente, Antonio Gómez expone su propia opinión. Señala, tan sólo, que el deudor de una obligación genérica se obliga a dar una cosa que pertenece a un género. Esta promesa no

---

28) "Variae Resolutiones", tomo II, n.º 49, p. 337.

29) "Variae Resolutiones", tomo II, n.º 49, p. 337.



puede calificarse de totalmente incierta, puesto se limita a un género (30).

### 3.3. La doctrina de Pothier.

[10].- En su tratado de las obligaciones, este autor dedica un específico apartado a las obligaciones genéricas. Trata de diversas cuestiones, y vertebra su exposición en torno a una idea: la manera en que el objeto es considerado en la obligación genérica.

[11].- Pothier opina que "en estas obligaciones, cada una de las cosas comprendidas bajo el género del cual la cosa debida es extraída, está in facultate solutionis, con tal de que sea buena, legal y comerciable, sed non in obligatione: pues no hay, en verdad, ningún individuo que el deudor no pueda pagar" (31). Reconoce que esta idea la toma de Dumoulin, pareciéndole "más natural y verdadera" que la opinión de quienes sostienen que la obligación genérica tiene por objeto a todos los individuos que componen el género, de forma que cada uno es debido bajo un carácter alternativo o bajo condición.

Dos consecuencias se derivan de esta opinión, como el mismo Pothier nos indica.

La primera es que el acreedor no puede pedir una concreta cosa de las comprendidas en el género. Por el contrario, el

---

30) "Variae Resolutiones", tomo II, n.º 49, pp. 337-338.

31) POTHIER "Traité des obligations" n.º. 283, p. 190.

acreedor debe requerir de forma general e indeterminada alguna cosa del género. La segunda consecuencia es que la pérdida sobrevinida de cosas del género no la soporta el acreedor. La justificación está en que las cosas perecidas no son las que al acreedor le son concretamente debidas, y es suficiente para que la obligación genérica subsista con que haya alguna cosa del género (32).

[12].- A continuación, Pothier propone esta cuestión: Yo me obligo a daros un caballo indeterminado; si os doy uno, que os pertenecía en el momento de perfección del contrato, pero que después vosotros vendisteis, ¿me libero de mi obligación? Y responde: Sí, puesto que en la obligación genérica de entregar un caballo ninguno de los individuos que componen ese género es debido. Todos los caballos están in facultate solutionis, antes que in obligatione. Es suficiente con que en el momento del pago el caballo me pertenezca a mí y no a vosotros. Esta solución concuerda con un texto de Marcelo en D. 46.3.72.4. (33); pero las dudas surgen cuando otro texto del Digesto (36.66.3.) (34),

32) "Traité des obligations" n.º 285, p. 191.

33) D. 46.3.72.4.: "(...) Pero el promitiente queda libre dándole, al que estipuló que se le diese un esclavo, aun uno de los que entonces prestaban servidumbre al estipulante; (...)" (traducción de GARCIA DEL CORRAL).

34) D. 36.66.3.: "No se responderá lo mismo cuando en dos testamentos se legue, en general, un esclavo; porque si alguno, entregándolo uno, se hizo del legatario, aunque después haya sido enajenado, no podrá el mismo ser entregado por el otro heredero. Y la misma razón hay respecto de la estipulación; porque el legado de un esclavo comprende en cláusula abreviada a cada uno de los esclavos, y así como no subsiste desde el principio respecto a los que fueron del legatario, así es entregado inútilmente aquel cuyo dominio adquirió después el legatario, aunque dejó de ser dueño" (traducción de GARCIA DEL CORRAL).

esta vez de Papiniano, decide lo contrario (35).

Seguidamente, Pothier expone el razonamiento mediante el cual Molineo intenta salvar la antinomia entre ambos textos. Según este último autor la decisión de Papiniano, en D. 36.66.3., se restringe al caso particular de dos legados genéricos, hechos por dos testadores a la misma persona, o al de dos promesas gratuitas, con forma de estipulación, de cosa que pertenece al mismo género, hechas por dos donantes a una misma persona. El que dos causas lucrativas no pueden concurrir en la misma cosa y persona es la razón que impide que esa cosa pagada al legatario o al donatario, en ejecución del primer legado o donación, pueda ser pagada en ejecución del otro legado o donación. Pero, aclara Molineo, que de esa Ley 66 no debe hacerse una regla general (36).

Sobre la argumentación que ofrece Molineo, Pothier afirma que es contraria "al sentido natural del texto". Reconoce la existencia de una verdadera antinomia entre D. 46.3.72.4. y D. 36.66.3., inclinándose por abandonar la decisión de Papiniano, basada en que todos los individuos del género están considerados de forma alternativa, y por atenerse a la de Marcelo (37).

---

35) "Traité des obligations" n.º 285, p. 192.

36) "Traité des obligations" n.º 285, p. 193.

37) Pothier continúa señalando, que sobre estas mismas leyes del Digesto, Cujacio toma un partido diametralmente opuesto al de Molineo: aquél autor hace decir a Marcelo en la Ley 72 la misma cosa que dice Papiniano, en la Ley 66 ("Traité des obligations", n.º 284, pp. 193-194).

[13].- Pothier menciona, además, otras cuestiones relativas a la obligación genérica.

Así, señala que el deudor puede dar la cosa que quiera <sup>(38)</sup>, con tal de que ésta no tenga "ningún defecto notable [D. 46.3.33.1.] y pueda transferir la propiedad irrevocable al acreedor" (D. 46.3.72.5.).

También afirma que cuando en una obligación genérica el deudor ha pagado por error una cosa determinada, porque creía que era ésa la que debía, tiene derecho a repetir, ofreciendo dar otra cosa (D. 12.6.32.1.) <sup>(39)</sup>.

[14].- Finalmente, Pothier acaba su exposición indicando que todo lo dicho hasta el presente momento se aplica tanto a la obligación genérica ilimitada (generis generalissimi) como a la de género limitado (generis subalterni, aut generis limitati), siempre y cuando en la convención no haya una cláusula que quite la elección al deudor, atribuyéndosela al acreedor.

Para explicar la peculiaridad de este caso pone un ejemplo: alguien se obliga a darme uno de los perros de su jauría, a mi elección; y afirma que, aunque esta convención encierra una pura obligación de dar un perro indeterminado, "se puede decir, también, que en virtud de la cláusula que me atribuye la elección, cada uno de los perros de la jauría del deudor me es debido, bajo una especie de condición para el caso de que yo eli-

---

<sup>38)</sup> "Traité des obligations" n.º 284, pp. 191-192.

<sup>39)</sup> "Traité des obligations", p. 194; hay una errata de imprenta en la edición que manejamos, que consiste en enumerar dos veces seguidas con el mismo número: el 285.

ja, puesto que en virtud de esta cláusula no hay ninguno que yo no tenga derecho a exigir" (40).

### 3.4. La doctrina de Windscheid.

[15].- Este autor ya no se plantea la cuestión de la posible autonomía de la obligación genérica frente a la alternativa. Parte de que se trata de dos tipos diferentes de obligación, cuyo rasgo común es la indeterminación de la prestación debida (41). No obstante esta independencia, cuando desarrolla los aspectos jurídicos propios de la obligación genérica tiene muy presente al régimen de la obligación alternativa.

[16].- Windscheid define la obligación genérica como aquella obligación cuyo contenido prestacional no está concreto, sino que se determina mediante señas de identificación que no son las propias de una prestación específica (42).

Tres rasgos menciona en relación a la obligación genérica. El primero consiste que en esta obligación, como también ocurre en la obligación alternativa, hay una prestación debida, y sólo el contenido de la prestación es incierto (43).

---

40) "Traité des obligations" n.º 286 (sic; debería ser el n.º 287), p. 194.

41) "Pandektenrechts", p. 25.

42) "Pandektenrechts", pp. 39-40.

43) "Pandektenrechts", pp. 40-41. Curiosamente WINSCHIED precisa que tanto la obligación genérica como la alternativa son obligaciones diferentes de la condicional (recuérdese a Antonio Gómez, supra, n.ºm. 9).

El segundo se refiere a la facultad de elección. Al igual que ocurre en la obligación alternativa, en la genérica el acreedor sólo tiene dicha facultad si así se ha determinado (44).

El tercero alude a la posibilidad de concentración de la obligación genérica en una concreta prestación. Al respecto, Windscheid afirma que los principios por los que la concentración de dicha obligación se rige no están lejos de los de la obligación alternativa, a excepción del caso en que todas las concretas prestaciones sean imposibles, menos una. En este último caso, la obligación genérica no se concentra en esa única posible prestación, y el objeto de la obligación sigue siendo genérico. Además, si por culpa del deudor toda posibilidad de prestación deviene imposible, éste responde según los principios usuales (45).

### 3.5. LA doctrina española del XIX anterior al Código civil.

[17].- Al clasificar las obligaciones, nuestros autores del XIX no dedican un concreto apartado a la obligación genérica. Este hecho puede explicar que tampoco el Código civil consagre a la obligación genérica una específica sección dentro de su libro IV, título I, capítulo III ("De las diversas especies de obligaciones"). Sobre todo si advertimos, que los distintos tipos de obligaciones, expresamente aludidos por la doctrina española

---

44) "Pandektenrechts", p. 41.

45) "Pandektenrechts", pp. 41-42.

del XIX, tienen un fiel reflejo en ese capítulo III del Código civil. La doctrina del XIX habla de la obligación pura, condicional, a plazo, alternativa, conjuntiva, en mancomun, solidaria, divisible, indivisible, y con cláusula penal (46). Todas estas obligaciones, con excepción de la conjuntiva (47), son objeto de especial atención por el Código civil (48).

Pese a lo anterior, no puede afirmarse que la doctrina española del XIX desconozca la obligación genérica. Lo que ocurre es que el desarrollo de su particular régimen se hace al hilo de la exposición de cada concreto problema jurídico, en el que supone alguna diferencia el carácter genérico o específico de la obligación (49). Esto mismo ocurre en el Código civil (cfr.

46) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 73-115; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", pp. 198-209; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 56-77.

No obstante, Gutiérrez precisa que los objetos de una obligación alternativa pueden pertenecer a un mismo género, lo que supone reproducir la P. 5.11.23 ["De modo que la obligación alternativa, ó consiste en la elección de un objeto entre dos ó mas de un mismo género, ó entre dos de diverso género", op. cit., p. 88; cfr., infra, nota n.º 127].

47) Es aquella obligación en la que el deudor debe entregar todas las cosas a que se comprometió. Suele exponerse junto con la obligación alternativa, que impone al deudor el deber de entregar una u otra cosa: B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 88-91; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", pp. 203-204; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 65-66. Véase la P. 5.11.24.

48) Obsérvense los encabezamientos de las siguientes secciones del cap. III, título I, libro IV del CC: secc. 1.ª "De las obligaciones puras y de las condicionales"; secc. 2.ª "De las obligaciones a plazo"; secc. 3.ª "De las obligaciones alternativas"; secc. 4.ª "De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias"; secc. 5.ª "De las obligaciones divisibles y de las indivisibles"; secc. 6.ª "De las obligaciones con cláusula penal".

49) Un poco más abajo exponemos algunas diferencias de régimen entre la obligación específica y la genérica según el Código civil, y, es en el desarrollo de cada una de ellas, en donde

vgr. arts. 1096.I y II, 1170 CC).

Sánchez Román es la excepción al panorama descrito. Tomando como criterio de clasificación de las obligaciones el de su objeto, distingue entre obligaciones simples --aquéllas cuyo objeto es único-- y obligaciones compuestas o múltiples --aquéllas con varios objetos--. A su vez, las obligaciones compuestas las divide en conjuntivas y distributivas, "según que son dos ó más las juntamente debidas, ó una, de dos ó más". Finalmente, clasifica las llamadas obligaciones distributivas en obligaciones genéricas, alternativas y facultativas (50).

Sánchez Román expone el régimen de la obligación genérica en cuatro reglas:

a) Para que la obligación genérica se repute cumplida es suficiente con que el deudor entregue, a su elección, cualquier cosa que pertenezca al género, "aunque no sea la mejor, ni siendo la peor", salvo pacto en contrario (51).

b) La obligación genérica no se extingue por el hecho de que se destruyan una o varias cosas del género. En este sentido entiende el aforismo 'genus nunquam perit' (52).

c) El acreedor no puede pedir "en juicio el cumplimiento

---

mencionamos la doctrina española del XIX. A ello nos remitimos (infra, n.ºm. 27 y ss).

50) F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", p. 22. Estas divisiones y subdivisiones de las obligaciones las hace en un capítulo introductorio en el que expone todos los diferentes modelos obligacionales.

51) "Estudios de Derecho civil-IV", p. 77.

52) "Estudios de Derecho civil-IV", p. 77 y nota n.º 2.



de la misma determinadamente; pudiendo en caso contrario el deudor oponerle la excepción de plus petitio" (53).

d) La atribución de las accesiones y menoscabos de la cosa, así como la determinación de la mora, "se rigen por las reglas correspondientes, según que la obligación sea, además, pura, condicional ó á plazo" (54).

[18].- Fuera del marco de la teoría general de las obligaciones, la doctrina española del XIX alude también a la obligación genérica, si bien de forma implícita, cuando expone la clasificación de los bienes en fungibles y no fungibles.

Sin perjuicio del desarrollo que un poco más adelante haremos de estos dos conceptos (55), podemos adelantar que algunos autores entienden que una cosa es fungible cuando por estar representada por su pertenencia a un género puede ser sustituida por otra, y no fungible, cuando por estar representada individualmente no puede ser sustituida por otra cosa. La base de esta distinción está en la de "género y especie" (cosa específica y cosa genérica) (56).

Adviértase cómo aquí los autores tienen presente, en el fondo, la clasificación de las obligaciones en específicas y

---

53) "Estudios de Derecho civil-IV", p. 78; lo subrayado es del autor.

54) "Estudios de Derecho civil-IV", p. 78.

55) Véase infra, n.ºm. 25 y 26.

56) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos 6 Estudios fundamentales-II", pp. 10-12; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-I", pp. 679-680; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-II", p. 506.

genéricas, pero no emplean esa denominación, sino la de "género y especie", al situar su exposición, no en la perspectiva de las obligaciones, sino en la del objeto, considerado en sí mismo. De todas formas, en ningún momento aluden al régimen de la obligación genérica.

### 3.6. Conclusiones.

[19].- De la historia podemos extraer que la obligación genérica, por lo general, ha sido objeto de escasa atención. La que ha tenido se centra en el carácter indeterminado del objeto con el que puede cumplirse. Esto determina que suela resaltarse, que el acreedor no puede exigir la entrega de una concreta cosa del género. También preocupa el problema de la pérdida sobrevinida de la cosa.

Por otra parte --si bien no se destaca-- nótese que la exposición suele hacerse presuponiendo que el deudor es quien tiene el derecho de elección de la cosa. No obstante, también se admite que pueda atribuirse la elección al acreedor, pero, en este otro caso, el régimen de la obligación genérica se deja sin desarrollar. Por último, recordemos la estrecha relación que se ve entre la obligación genérica y la alternativa.

### 4. Algunas manifestaciones de la diferencia de régimen entre las obligaciones específicas y genéricas.

[20].- Junto a las anteriores pinceladas históricas, consideramos oportuno exponer algunos de los aspectos diferenciales que median entre el régimen de la obligación específica y el de la

genérica, y que el Código civil contiene en su Libro IV, Título I, "De las obligaciones".

La mayoría de los aspectos diferenciales, que de inmediato analizamos, se localizan en las disposiciones legales reguladoras de la extinción de las obligaciones. Se refieren a: 1) los límites de la acción de cumplimiento 'in natura' (arts. 1096.I y II CC); 2) el requisito de identidad en el pago y la calidad de la cosa debida (arts. 1166.I y 1167 CC); 3) el lugar de pago de la obligación, si las partes nada indican (art. 1171.II y III CC); 4) las obligaciones objeto de posible imputación de pagos (art. 1172 CC); 5) la asunción del riesgo de la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa debida (art. 1182 CC); y 6) a la compensación y la necesaria homogeneidad entre las deudas (art. 1196.2.º CC).

Cada uno de los anteriores aspectos diferenciales encuentra su justificación en la distinta estructura de la obligación específica y genérica. Está ligado a la idea de que en la obligación específica el deudor sólo cumple, si da la concreta cosa que se determinó en la obligación, puesto que la entrega de otra, por muy similar que sea a la debida, es un incumplimiento; mientras que en la obligación genérica es irrelevante qué concreta cosa entrega el deudor a efectos del cumplimiento, siempre y cuando pertenezca al género debido<sup>(57)</sup>. La especial forma con que cada modelo obligacional opera, ha sido tomada presente por el codificador cuando ha optado por una determinada solución legal en una concreta cuestión.

---

<sup>57)</sup> Con ciertos límites: cfr. arts. 1167 (n.ºm. 36) y 875.III CC (n.ºm. 37).

A lo anterior hay que añadir que la regulación del Código civil no supone una ruptura con la etapa anterior de nuestro Ordenamiento en el siglo XIX, sino que mantiene una línea de continuidad. Advirtamos, por fin, que la mayoría de estos aspectos diferenciales se encuentran regulados de forma más o menos similar a la de nuestro Código civil, tanto en algunos códigos de la familia romanista <sup>(58)</sup>, cuanto en otros sometidos a distintas áreas de influencia <sup>(59)</sup>.

#### 4.1. Precisiones terminológicas.

[21].- Con el fin de agilizar y facilitar la exposición siguiente, son oportunas unas previas precisiones terminológicas.

Es de notar cómo en los escasos artículos en los que el Código civil da relevancia al carácter específico o genérico de la obligación, no emplea, siempre, los mismos términos para referirse a uno u otro modelo obligacional. Pese a que algunos de estos términos son criticables, lo cual veremos de inmediato, todos encuentran una justificación, bien porque contraponen determinadas ideas, bien porque en el momento de la codificación esos términos se utilizaban con un concreto sentido, que no es el que hoy mayoritariamente se les atribuye.

---

58) Se trata de los códigos influidos por el C.c. francés de 1804. Dicen ZWEIGERT/KÖTZ: "El código civil de 1804 no es sólo el corazón del derecho privado en Francia sino también el más grande modelo para los códigos de derecho privado de la familia legal romanista" [p. 76, "Introduction to comparative Law" vol. I, 2.ª ed., (1987); sobre la concreta influencia ejercida por dicho código, las pp. 100-122].

59) Es el caso del CO suizo; sobre su proceso de formación, características e influencia en otros ordenamientos ZWEIGERT/KÖTZ "Introduction to comparative Law", vol. I, 2.ª ed., (1987), pp. 174-185.

#### 4.1.1. "Cosa determinada" y "cosa indeterminada".

[22].- Entre otros artículos del Código civil, los 1096.I, 1171 y 1182 emplean la expresión "cosa determinada" para aludir al objeto de una obligación específica. Dicha expresión no ha sido objeto de especial crítica por parte de la doctrina. El que una cosa sea determinada es sinónimo de cosa concreta, de cosa individualizada, y si el objeto de la obligación específica es esta cosa y no esta otra, parece que no es objetable dicha expresión.

[23].- Los art. 1096.II y 1167 CC emplean la expresión "cosa indeterminada", pensando en el objeto de la obligación genérica. Esta otra expresión sí que ha sido criticada por algunos autores (60).

Si interpretamos literalmente el significado de la expresión "cosa indeterminada", parece que cualquier cosa --esto es, sin ningún tipo de limitación-- puede ser el objeto de este modelo obligacional. El denominado 'genus summun' representa esta idea. Pero sabemos que la indeterminación total del objeto va contra las reglas que sientan el art. 1256 CC --no puede dejarse la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de

---

60) A. HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", pp. 105 y 128; J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1985), p. 914; A. MARTIN PEREZ "Comentarios Edersa XV-1.ª", pp. 282-285.

Ya llamó la atención sobre los términos "cosa determinada" y "cosa indeterminada" Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", pp. 397-399.

las partes--, y el art. 1273 CC --el objeto de un contrato debe ser una cosa determinable en cuanto a su especie--. De aquí que en principio, parezca rechazable el empleo de esa expresión "cosa indeterminada".

Pero siendo lo anterior cierto, también creemos que lo es que el Código civil no parece utilizar esa expresión en dicho sentido. Más bien parece forzado a su empleo porque, para referirse a la obligación específica, utilizó las palabras "cosa determinada". Esto claramente se constata en el art. 1096 CC: mientras su primer párrafo --cuyo supuesto de hecho es la obligación específica-- habla de "cosa determinada", el segundo --que piensa en la obligación genérica-- habla de "cosa indeterminada".

Utilizada la expresión "cosa indeterminada" en este segundo significado (contraposición entre tipos de obligación), no es un expresión rechazable: respeta los límites que marcan los arts. 1256 y 1273 CC. Sí es rechazable, en cambio, el hecho de que se emplee una terminología confusa (61).

---

61) No puede decirse que esta expresión "cosa indeterminada", que alude a la obligación genérica, es una peculiaridad del codificador español. La emplea, por ejemplo, POTHIER, aunque no para contraponer la obligación específica a la obligación genérica, sino para señalar que en la obligación genérica lo determinado es el género y lo indeterminado es la cosa con la que puede cumplirse. Afirma textualmente: "Lo que es absolutamente indeterminado no puede ser el objeto de una obligación (...). Por ejemplo si yo os he prometido dar 'cualquier cosa' sin decir cual, no resulta de esta promesa ninguna obligación; pero se puede contraer la obligación de una cosa indeterminada de un cierto género de cosas, como cuando se obliga respecto de alguien a dar un caballo, una cama adornada, un par de pistolas, sin determinar qué caballo, qué cama, qué pistolas. El individuo que constituye el objeto de estas obligaciones es indeterminado; pero el género del cual este individuo ha de tomarse, es cierto y determinado; estas obligaciones son indeterminadas 'quoad individuum', aunque ellas tengan 'quoad genus' un objeto determinado" (lo subrayado es nuestro; "Traité des obligations" n.º 283, p. 190).

Como se vé, la expresión "cosa indeterminada" no tiene un

#### 4.1.2. "Cosa específica" y "cosa genérica".

[24].- Junto a la expresión "cosa indeterminada" suele añadir el Código civil la de "[cosa] genérica" (cfr. arts. 1096, 1167). Por otro lado, otros artículos del Código civil hablan de "cosa específica [y determinada]" (cfr. art. 884).

Esta terminología --claramente evocadora de lo que se quiere indicar con ella-- es recogida por nuestra doctrina. Una cosa es genérica, cuando se determina por su pertenencia a un género, y es específica, cuando se determina individualmente (62). Ahora bien, estos dos términos también han sido objeto de críticas, aunque desde diferentes perspectivas.

Claveria califica a esta clasificación, que atiende a la manera en que las partes delimitan el objeto de la obligación, de "inconveniente y perturbadora". A su juicio, no debe hablarse de cosa específica y de cosa genérica, sino de obligación específica y obligación genérica (63). Estamos de acuerdo con esta opinión. No obstante esto, hemos de advertir que el empleo de la presente terminología es un uso admitido y que, además, suele facilitar la exposición. Por ello, aun conscientes de esta crítica, en alguna ocasión la utilizamos.

---

significado unívoco, sino que depende a qué se contraponga.

62) DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-I", p. 404; CASTAN/DE LOS MOZOS "Derecho civil español, común y foral I-2.º", 14.ª ed., (1984), p. 589.

63) L.H. CLAVERIA GONSALBEZ "Comentario CC-I", p. 934; véase también J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1985), pp. 913-914.

En otro sentido se orientan las críticas de Cossio. Este autor destaca cómo en la naturaleza nunca encontraremos "cosas genéricas", porque el género es un concepto puramente lógico. En la naturaleza tan sólo existen cosas individuales. Es en el plano del pensamiento, en dónde todas las cosas son genéricas (64).

#### 4.1.3. "Cosa no fungible" y "cosa fungible".

[25].- Por último, el Código civil también emplea en diversas ocasiones la expresión "cosas fungibles" (cfr., entre otros, los arts. 1160, 1196.2º, 1452.III, 1740 y 1753). Esta expresión legal plantea el problema de la determinación de su contenido. Es conocido que la misma ha sido ligada con distintas cualidades que las cosas pueden tener (65). Entre sus posibles significados están los siguientes:

a) En principio parece lógico acudir al art. 337 CC (66), por cuanto que el mismo ofrece una definición legal de lo que debe entenderse por cosa fungible y no fungible.

64) Esto lo refiere a la compraventa y señala que no es correcto hablar de compraventa de cosa genérica, sino más bien de compraventa genérica: A. COSSIO "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compra-venta de cosas genéricas", ADC, (1953), p. 611.

65) J. GONZALEZ, RCDI, (1928), n.º 37, pp. 18-32.

66) El art. 339 APCC 82-88 es el antecedente inmediato de este art. 337 CC, con el que tiene pequeñas diferencias de redacción. Aunque en el APCC 82-88 publicado por PEÑA no se menciona ningún precepto en el cual ese art. 339 se haya podido inspirar ("Anteproyecto" p. 125), en el PCC 1851 está el art. 383 con el que tiene idéntica redacción. En el PCC 1836, su art. 614 es el más próximo al 337 CC (LASSO "Codificación civil", p. 183).

--- En cuanto a otros Códigos, el art. 337 CC es un precepto peculiar de nuestra codificación. No se encuentra un artículo equivalente en el C.c. francés (cfr. arts. 527-536); C.c. belga



El párrafo primero de este artículo clasifica las cosas muebles en fungibles y no fungibles. Su párrafo segundo aclara qué son cosas fungibles: "aquellas que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman" (67). Por tanto el resto de las cosas, que son no fungibles, son cosas no consumibles (68). Diversos autores del XIX, anteriores al Código civil, defienden este concepto de cosa fungible, como sinónimo de cosa consumible (69).

(cfr. arts 527-536); CC ital. 1865 (cfr. arts. 416-424); CC ital. 1942 (cfr. arts. 812-819).

67) En cambio, el párrafo segundo de la Ley 352 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra denomina a estas cosas "cosas consumibles". Dice así: "Son cosas consumibles aquellas cosas de las que no puede hacerse uso apropiado sin consumirlas de hecho o perder su propiedad".

68) DIEZ-PICAZO/GULLON señalan que por consumo debe entenderse tanto un consumo físico --es el caso, por ejemplo, de la leña que se quema-- como un consumo jurídico, que implica una salida del bien del patrimonio de la persona; en este segundo caso el ejemplo por excelencia lo constituye el dinero ("Sistema-I", pp. 423-424).

69) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-II", pp. 10-12; lo defiende también para el comodato: "Códigos ó Estudios fundamentales-V", pp. 195-197. S. DEL VISO quien en nota cita al art. 383 del PCC 1851: "Lecciones elementales-II", p. 19; vuelve a identificar cosa fungible con consumible y cosa no fungible con no consumible en la exposición del mutuo y comodato, aludiendo de pasada a la idea de sustitución: "Lecciones elementales-III", pp. 412-413 y 426-427. J. ESCRICHE sostiene una posición ambigua. En la v. Bienes fungibles y no fungibles, si bien menciona la idea de que las cosas pueden sustituirse, básicamente resalta la idea del consumo o no consumo de la cosa ("Diccionario-II", p. 86). Pero, en la v. Muebles, señala que cosa fungible es aquélla que puede ser sustituida ("representan perfectamente por otras"), y que es usual identificar cosa fungible con cosa consumible, doctrina sobre la cual afirma "pero esta definición no es tan exacta como las que preceden [la de que una cosa puede ser representada por otras]" ("Diccionario-IV", p. 225).

En cambio, otros autores del XIX también anteriores al Código civil rechazan rotundamente que la distinción entre cosa fungible y no fungible resida en la noción de consumo: P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-I", p. 680; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-II", p. 505.

Sin embargo, véase infra, la nota n.º 74.

Pero esta definición, que de cosa fungible y no fungible da el codificador en el art. 337, es criticada por nuestra doctrina. Esta señala que el legislador decimonónico se equivoca cuando identifica el carácter consumible de una cosa con su fungibilidad. Se trata de dos distintas clasificaciones, puesto que atienden a aspectos diversos. El carácter consumible de una cosa --lo acabamos de indicar-- presta atención al hecho de que el empleo adecuado a la naturaleza de un objeto conlleve su destrucción. El carácter fungible se fija en la posibilidad de que una cosa pueda ser sustituida por otra (70).

b) En definitiva, cuando se habla de cosa fungible debe entenderse que se piensa en una cosa sustituible (segundo posible significado).

Ahora bien, aunque sobre este otro posible significado de cosa fungible existe un consenso doctrinal, no están todavía resueltos todos los problemas. Surge de inmediato la cuestión de qué criterio debe adoptarse para concretar el carácter sustituible de una cosa: ¿un criterio objetivo?, o ¿uno subjetivo?

---

70) M. ALBALADEJO "Derecho civil I-2.ª", p. 99; L.H. CLAVERIA GONSALBEZ "Comentario CC-I", p. 933; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-I", pp. 292-293; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-I", pp. 423-424; LACRUZ BERDEJO y otros "Elementos I-3.ª", pp. 38-39; J. SANTOS BRIZ "Comentarios Edersa V-1.ª", pp. 59-60.

Ya a los pocos años de la publicación del Código civil, tanto J.M.ª MANRESA Y NAVARRO (1893; "Comentarios al Código civil-III", pp. 44-46) como Q. MUCIUS SCAEVOLA (1895; "Código civil comentado-VI", pp. 122-127) dedican sus respectivos comentarios del art. 337 CC a refutar esa afirmación de que cosa fungible es cosa consumible. Advierte Manresa además, que no es aventurado suponer que el Código civil trajera la clasificación que recoge el art. 337 CC del art. 301 del Código civil austriaco (op. cit., p. 44).

Con estos interrogantes entramos en el análisis de la relación que media entre la clasificación, cosa fungible y no fungible, y la de obligación específica y genérica.

Según el criterio objetivo de determinación del carácter fungible de una cosa, es la concepción dominante en el tráfico económico-jurídico la que determina si puede ser sustituida por otra. Si se emplea este criterio, ha de concluirse que la distinción cosa fungible y no fungible no se corresponde con la de obligación específica y genérica. Esta última, a diferencia de la primera, se apoya en un criterio subjetivo: las partes son quienes establecen el carácter específico o genérico de la obligación (71).

A la hora de determinar si una cosa es o no fungible, la mayoría de la doctrina --en la cual nos incluimos-- es partidaria de utilizar un criterio objetivo de determinación (72).

---

71) Con el propósito de ilustrar esta distinción entre cosa fungible y no fungible y obligación específica y genérica, pone L.H. CLAVERIA GONSALBEZ los siguientes ejemplos: "habrá, en efecto, obligaciones genéricas con cosas fungibles ('Me obligo a entregar una Tm de arroz'); obligaciones genéricas con cosas infungibles ('Me obligo a entregar un cuadro pintado por un pintor francés'); obligaciones específicas con cosas fungibles ('Me obligo a entregarte esta concreta Tm de arroz que guardo en mi camión, matrícula X'); y obligaciones específicas con cosa infungible ('Me obligo a entregarte este cuadro de Degas')" ("Comentario CC-I" p. 934).

72) Además, evidentemente, de L.H. CLAVERIA GONSALBEZ citado en la nota anterior a ésta, los siguientes autores: M. ALBALADEJO "Derecho civil I-2.º", pp. 100-101 y "Derecho civil II-1.º", p. 48; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español I-2.º", pp. 589-590, y "Derecho civil español-III", pp. 167-168; A. HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", p. 132 y p. 135; J.L. LACRUZ y otros "Elementos I-3.º", pp. 39-40; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 94; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Obligaciones I-II", pp. 215-217.

Para el Derecho italiano, es partidario de emplear un criterio objetivo, a fin de diferenciar las cosas fungibles e infungibles de las genéricas y específicas, MAJELLO, "L'individuazione nella vendita di genere", RDC, (1957), p. 182.

El criterio subjetivo implica que son las partes quienes concretan, si una cosa puede ser sustituida por otra. Empleando este criterio pierde sentido diferenciar entre la clasificación cosa fungible y no fungible y la de obligación específica y genérica. Entre ambas existe una plena identidad (73). Si las partes consideran que el objeto de su obligación no es susceptible de ser sustituido por otro, estamos tanto ante una cosa no fungible, cuanto ante una obligación específica. Y si las partes consideran que es indiferente en su obligación el objeto que materialmente se dé, siempre que pertenezca al género pactado (obligación genérica), estamos ante cosas esencialmente sustituibles (fungibles).

La doctrina del XIX, anterior al Código civil, suele defender un criterio subjetivo para determinar el carácter fungible de una cosa (74). Tras el Código civil, algunos autores sostienen el mismo criterio (75).

---

73) Así el párrafo segundo de la Ley 352 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra que dice: "Las cosas se determinan por su individualidad específica o por la cantidad del género a que pertenecen: estas últimas se llaman cosas fungibles".

74) Así B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-II", pp. 10-12; también en el mutuo "Códigos ó Estudios fundamentales-V", p. 150; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-I", pp. 679-680, quienes emplean el mismo concepto de fungibilidad en su exposición del mutuo: "Elementos del Derecho civil-II", p. 347. F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-II", p. 506. Este último autor, cuando en el mutuo señala, qué debe entenderse por cosa fungible, remite a la definición que dió en la exposición de los bienes (p. 847); sin embargo, en el comodato parece que acerca cosa no fungible a no consumible ("Estudios de Derecho civil-IV", pp. 860-861).

75) Es defendido de manera clara por los autores cronológicamente más cercanos al Código civil. Son los casos, para la primera edición del Código civil, de M. FALCON ["Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral", tomo II, 3.ª ed., (1888), pp. 13-15], y, ya con la segunda

[26].- Esta pluralidad de significados atribuibles a la expresión "cosa fungible" (76) provoca problemas en la interpretación de los diferentes textos legales. Cuando aquélla aparece en algún artículo del Código civil, el intérprete debe determinar en qué sentido fue empleada (77): si como sinónimo de cosa consumible, de cosa sustituible, o de obligación genérica (78).

edición del Código civil, J.M.<sup>a</sup> MANRESA y NAVARRO ("Comentarios al Código civil-III", p. 45) y Q. MUCIUS SCAEVOLA ("Código civil comentado-VI", pp. 123 y 125-126). Esto tal vez tenga su justificación en que estos autores son los que más directamente conectan con la doctrina del XIX anterior al Código civil, la cual mayoritariamente defiende un criterio subjetivo en la determinación del carácter fungible de una cosa (al respecto, la nota que antecede a ésta).

En la doctrina actual, parece implícitamente inclinarse por este criterio subjetivo J. SANTOS BRIZ "Comentarios Edersa V-1.ª", p. 59.

76) Además de los señalados en el texto, también suele indicarse que cosas fungibles son aquéllas que se cuentan, pesan y miden. Esta idea procede del Derecho romano. Asimismo, se encuentra en las Partidas: P. 5.1.1. y P. 5.14.21.

77) En un trabajo dedicado al estudio de las "cosas fungibles", J. GONZALEZ acaba resaltando la "ambigua fraseología" del Código civil cuando emplea aquel término, y afirma que "nada parece más natural que las vacilaciones e imprecisiones de la doctrina y de los comentarios en que se emplea la designación cosas fungibles" [RCDI, (1928), n.º 38, p. 120].

78) Estos problemas de interpretación son fruto de que en la época de la codificación no hay una noción única del concepto "cosa fungible". Un ejemplo de esto que decimos lo ofrece A. COMAS. Como es conocido, este autor publicó a finales del XIX y principios del XX un proyecto no oficial de reforma del Código civil, que abarca parte de éste. Nos interesan las siguientes nociones, que el Libro Tercero ("Del objeto del Derecho civil"), Título Preliminar ("De los bienes"), Capítulo I ("De los bienes según sus elementos constitutivos") de este Proyecto da:

a) "De las cosas consideradas según su especie, género y cantidad" (Sección primera, Subsección segunda). Aunque el encabezamiento habla de cosas, parece que alude a las obligaciones específicas y genéricas. Aquí el art. 1080 señala: "Son esencialmente genéricas las cosas cuya utilidad natural es determinada por la cantidad, según su número, peso ó medida" ["Proyecto de reforma del Código civil español" Tomo 4.º Madrid (1900) pp. 11-12].

b) "De las cosas fungibles" (Sección primera, Subsección

Por ejemplo, a propósito del art. 1545 CC --que precisa que las cosas fungibles, que son consumibles, no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento-- se ha dicho que contiene una redundancia y que sólo se refiere a cosas consumibles (79). Pero también se ha afirmado que es un ejemplo de que el Código civil diferencia entre cosa fungible y cosa consumible (80).

Asimismo, el empleo de los términos, cosa fungible y no fungible, en las definiciones del mutuo y del comodato (cfr. arts. 1741 y 1753 CC) plantea problemas; y de hecho es aquí en dónde tradicionalmente surge la cuestión de la relación entre cosa fungible y no fungible, y cosa consumible y no consumible

---

tercera, Parte Segunda, § 1.º). En este apartado del Proyecto: 1. se relaciona el carácter fungible de una cosa con su consumo, y con las cosas genéricas y la moneda (cfr. art. 1103); 2. se conecta el carácter fungible de una cosa con la posibilidad de ser sustituida o representada por otras (cfr. art. 1105); 3. se admite que una cosa fungible puede ser el objeto de una obligación específica (cfr. art. 1107) (Op. cit. pp. 16-17).

c) "De las cosas no fungibles" (Sección primera, Subsección tercera, Parte Segunda, § 2.º). En este otro apartado: 1. se liga la noción de cosa no fungible con la de cosa no consumible y cosa específica (cfr. art. 1108); 2. se admite que una cosa no fungible puede ser el objeto tanto de una obligación específica como de una genérica (cfr. art. 1109) (Op. cit. pp. 17-18).

Este autor, al que puede localizarse dentro de la línea crítica al Código civil de los primeros comentaristas (F. DE CASTRO "Derecho civil de España-I" p. 208), afirma la poca claridad del art. 337 CC en cuanto que no está claro que quiere decir con la palabra consumo. Destaca también la relación que hay entre cosa fungible y cosa esencialmente genérica, aludiendo a "los arts. 1102 [sic] al 1108 del Proyecto" (son los mencionados anteriormente) ["La revisión del Código civil español" Tomo 6.º, Madrid (1902), pp. 44-51].

79) Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-VI", p. 125.

80) L.H. CLAVERIA GONSALBEZ "Comentario CC-I", p. 933.

(81).

Y por poner un último ejemplo, el del art. 1452.III CC que señala el momento a partir del cual el riesgo lo asume el comprador, en la compraventa de cosas fungibles, vendidas "por un precio fijado en relación al peso, número o medida". Se ha entendido que dicho precepto piensa sólo en un determinado modelo de compraventa específica (la de precio 'ad mensuram') (82), pero también se ha sostenido que abarca, además de esa compraventa, a la genérica y a la de género limitado (83). Esto implica que en la interpretación de este precepto la doctrina emplea el término cosa fungible como equivalente a cosa sustituible de acuerdo a un criterio objetivo, y rechaza, por tanto, el criterio subjetivo de determinación.

Más adelante planteamos en qué sentido el art. 1196.2º CC, que contempla el requisito de homogeneidad de las deudas en la compensación legal, usa la expresión "cosa fungible" (84).

Tras estas precisiones terminológicas pasamos al desarrollo de los aspectos diferenciales de la obligación específica y de la genérica, a los que aludíamos unas páginas más arriba

---

81) Sobre todo en el Derecho francés, puesto que éste no emplea en la definición del mutuo (préstamo de consumo) y del comodato (préstamo de uso) las palabras cosa fungible y no fungible, como hace el nuestro, sino la de cosa consumible y no consumible (cfr. arts. 1874 y 1892 C.c. francés). Véase infra, n.ºm. 51.

Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-VI", pp. 123-125.

82) A. COSSIO, ADC, (1953), pp. 612-616.

83) J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982) pp. 336-342 (cfr. infra, nota n.º 175); DIEZ-PICAZO/GULLON, "Sistema II", pp. 317-318.

84) En concreto, los n.ºm. 49 y ss.

(85).

**4.2. Los límites operativos de la acción de cumplimiento 'in natura': art. 1096 párrafos I y II CC.**

[27].- De los tres párrafos que componen el art. 1096 CC (86) únicamente nos interesan los dos primeros. Estos regulan la ac-

---

85) Supra, n.ºm. 20.

86) El art. 1113 del APCC 82-88 es el antecedente inmediato de este art. 1096 CC. Ambos preceptúan las mismas reglas teniendo únicamente pequeñas diferencias de redacción:

a) En su primer párrafo, el art. 1113 APCC parece tener un pequeño olvido, consistente en no señalar que el titular de la acción de cumplimiento es el acreedor, aunque implícitamente puede deducirse. Esto lo salva el art. 1096 CC en cuanto que expresamente habla del acreedor. Además, la remisión que el art. 1113 APCC hace al art. 1118 APCC, en el art. 1096 CC es -- por obvias razones-- al art. 1101 CC. Tanto el art. 1118 APCC como el art. 1101 CC regulan la acción indemnizatoria.

b) Entre el segundo párrafo del art. 1113 APCC y el del art. 1096 CC sólo hay un mínimo cambio de redacción: mientras el primero habla de "podrá hacer cumplir", el segundo dice que "podrá pedir que se cumpla".

c) Finalmente existe idéntica redacción entre el tercer párrafo del art. 1113 APCC y el del 1096 CC.

De acuerdo a los datos ofrecidos por PEÑA, parece que ese art. 1113 es nuevo en relación a los anteriores proyectos de Código civil: 1836 y 1851 ("Anteproyecto", p. 344). A nuestro parecer, desde luego que en el PCC 1851 no aparece un artículo semejante a los dos primeros párrafos del art. 1096 CC, que contemplan la acción de cumplimiento 'in natura'. En cuanto al PCC 1836, posiblemente su art. 937 sea el equivalente de este art. 1096 CC, aunque con grandes diferencias: el PCC 1836 sólo habla de la acción de cumplimiento ("derecho de pedir su cumplimiento") y no diferencia si la obligación es específica o genérica (LASSO "Codificación civil", p. 206).

--- En cuanto a otros Códigos: ni en el C.c. francés, ni en el C.c. belga, ni en el CC ital. 1865, ni en el CO suizo existe una norma similar a los dos primeros párrafos del art. 1096 CC. Esto llama la atención si tenemos en cuenta que de los artículos que el CC dedica a las obligaciones de hacer y de no hacer (cfr. 1098 y 1099), sí se localizan artículos semejantes en el C.c. francés (1143 y 1144), C.c. belga (1143 y 1144), CC ital. 1865 (1220 y 1222) y CO suizo (98). En cambio, en el CC ital. 1942 se encuentra una norma equivalente al art. 1096 CC; en concreto se trata de su art. 2930, si bien sólo alude a la obligación de entregar una cosa determinada (mueble o inmueble), remitiéndose a las normas del Código de procedimiento civil.





ción de cumplimiento 'in natura', con la que cuenta un acreedor lesionado en su derecho de crédito. En cambio, el último párrafo de este artículo atribuye al deudor moroso (87) y al que ha enajenado la misma cosa a dos o más personas, el riesgo de su pérdida por caso fortuito (88).

Según el primer párrafo del art. 1096 CC, en una obligación de entregar "cosa determinada", el acreedor, al margen de la acción de indemnización por daños y perjuicios con la que cuenta por virtud del art. 1101 CC, puede coaccionar al deudor incumplidor a que le dé la cosa debida. En cambio, si la obligación consiste en dar una cosa "indeterminada o genérica", el párrafo segundo del art. 1096 CC indica que el acreedor puede

---

87) Sobre la responsabilidad por la pérdida de la cosa por caso fortuito del deudor moroso, infra, nota n.º 163.

88) Desde una perspectiva sistemática parece existir cierta descoordinación entre los dos primeros párrafos y el tercero, del art. 1096 CC. Entra dentro de lo posible que la conexión que ha llevado al legislador a situar en un mismo precepto estas distintas reglas sea resaltar, que en el caso de 'mora debitoris' y en el de doble venta el acreedor también puede exigir responsabilidad al deudor, aunque la cosa haya perecido por caso fortuito.

A diferencia de los dos primeros párrafos del art. 1096 CC (supra, nota n.º 86), de este tercer párrafo del art. 1096 CC se encuentran artículos equivalentes en otros códigos extranjeros (cfr. art. 1138.II C.c. francés; art. 1138.II C.c. belga; art. 1219 CC ital. 1865), si bien en éstos sólo se alude al supuesto de la mora del deudor y no al de la doble venta. Este hecho lo resalta GARCIA GOYENA en su comentario al art. 1006 PCC 1851, antecedente del 1096.III CC, quien dice: "A dos ó mas personas. Esta escepcion, que no se lee en los Códigos extranjeros, es una justa pena de la mala fé del vendedor, y una consecuencia del párrafo último del artículo 981" ("Concordancias", p. 539). Ese art. 981 establece el sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento y la remisión de García Goyena, se entiende que es a su párrafo segundo, que dispone: "La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está á su riesgo desde que el deudor queda obligado á su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006".

pedir que aquélla se cumpla a expensas del deudor (89).

[28].- Dos son los criterios --en cierta medida ligados entre sí-- que justifican la existencia de estas dos reglas acerca de la acción de cumplimiento 'in natura'. Dichos criterios son: a) la naturaleza de la obligación pactada; y b) la exigibilidad de que en el patrimonio del deudor esté, o no, la cosa debida.

a) La propia redacción del art. 1096 CC, así como su estructura, en dos párrafos, evidencian que el codificador ha tenido presente, a la hora de legislar, la diferente forma en que el objeto es considerado en la obligación específica y en la genérica (90).

El párrafo primero del art. 1096 CC recoge la idea de que en la obligación específica el interés del acreedor sólo se satisface si recibe la concreta cosa que se individualizó en la obligación. De aquí que hable de compeler a la entrega de la cosa, la cual debe entenderse como poner al acreedor en su poder y posesión.

Frente a esto, el párrafo segundo del art. 1096 CC, referido a la obligación genérica, responde a esa otra idea de que en este modelo obligacional el interés del acreedor se satisfa-

---

89) Precisan J.M.ª MANRESA Y NAVARRO ("Comentarios al Código civil VIII", pp. 43-44) y Q. MUCIUS SCAEVOLA ("Código civil comentado XIX", p. 423) que, aunque este segundo párrafo del art. 1096 CC no hace la salvedad, que sí hace el primero, respecto a la acción indemnizatoria del art. 1101 CC para la obligación específica, debe entenderse que en la genérica el acreedor también cuenta con la acción indemnizatoria del art. 1101 CC.

90) J.M.ª MANRESA y NAVARRO "Comentarios al Código civil-VIII", pp. 41-42; Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado XIX", pp. 419-420.

ce con cualquier cosa que pertenezca al género, y esa satisfacción puede conseguirse, mediante la condena al cumplimiento de la obligación a expensas del deudor. Nótese cómo el codificador en este segundo caso habla de cumplir la obligación y no de entregar la cosa, como hace a propósito de la obligación específica.

b) Pero junto a lo anterior, el art. 1096.I y II CC parece presuponer un determinado estado de cosas, para su aplicación.

La expresión que en relación a la obligación específica emplea el art. 1096.I CC de poder "compeler al deudor a que realice la entrega" da la sensación de que se refiere al caso en que la cosa debida se encuentra en el patrimonio del deudor. Así lo han resaltado diversos autores <sup>(91)</sup>.

En cambio, el que en la obligación genérica el acreedor pueda "pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor" (art. 1096.II CC), aunque en una primera impresión pueda parecer que sólo contempla el supuesto en el que en el patrimonio del deudor no hay cosa del género, entendemos que también entra en su tenor literal el que habiendo cosa del género, el acreedor pida su entrega <sup>(92)</sup>. Es decir, en la obligación genérica es irrelevante el dato de que la cosa se encuentre, o no, en el patrimonio del deudor.

De lo expuesto hasta ahora se habrá deducido el diferente régimen que imprime el carácter específico o genérico de la

---

91) M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", p. 208; F. BADOSA COLL, "Comentario CC-II", p. 24; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 238.

92) M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", p. 208, nota n.º 3; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 238; A. MARTIN PEREZ "Comentarios Edersa XV-1.º", pp. 285-286.

obligación sobre la acción de cumplimiento 'in natura'. En la obligación específica, el acreedor puede ejercitar la acción de cumplimiento 'in natura', con el límite de que la concreta cosa se localice en el patrimonio del deudor. En el caso de que esto no sea así, ni cuente el deudor con alguna acción para obtener la entrega de esa concreta cosa (93), el derecho de crédito del acreedor se transformará en el equivalente pecuniario (94). Es-

93) El supuesto es el siguiente: A (vendedor) vende a B (comprador), por ejemplo, el coche que previamente adquirió de C. Llegado el momento de cumplimiento de la obligación de entrega de C, éste no lo hace, y ante esto, A, que ya había pagado el precio, no ejercita ninguna acción. Vencida la obligación de dar de A, éste incumple. Entendemos que B puede ejercitar la acción de cumplimiento que A tiene contra C por el mecanismo de la acción subrogatoria del art. 1111 CC, a fin de obtener la entrega del coche (cumplimiento 'in natura').

Sobre esta acción subrogatoria: DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 741-745.

94) Recordemos, sin entrar en el debate, que se discuten cuáles son las consecuencias que conlleva la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor. En síntesis, se distinguen las siguientes posturas.

Una, defiende que ha de diferenciarse el daño que consiste en el valor de la cosa perdida ('aestimatio rei'), esto es, el cumplimiento por el equivalente pecuniario, del resto de los daños sufridos por el acreedor ('id quod interes'), que ya es acción de indemnización por daños y perjuicios (DIEZ-PICAZO "Fundamentos-I", 2.ª ed., 1.ª reimpresión, pp. 748-749; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Obligaciones I-II", pp. 439 y 442-444; si bien no emplean el término 'id quod interest' en el mismo sentido).

Esta opinión doctrinal es objeto de crítica en los últimos años. Así, PANTALEON, quien llama a esta posición "construcción articulada de la responsabilidad contractual", y, señala que las consecuencias a las que conduce son que las garantías de la obligación originaria aseguran la 'aestimatio rei', pero no al resto de los daños; además, mientras la prescripción de la acción por la 'aestimatio rei' es la misma que la de acción de cumplimiento en forma específica, cuyo plazo comienza a correr desde el día que pudo ser ejercitada, la prescripción del resto del 'id quod interest' comienza a correr desde que ocurre el daño de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. No obstante esto, reconoce que el fin perseguido por esta posición es la "objetivación" de la responsabilidad contractual [PANTALEON "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991), pp. 1052-1055; también véase DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz y otros "Elementos II-1.ª", pp. 257-259 y p. 280; para esa "objetivación" de la responsabilidad DIEZ-PICAZO, op. cit., pp. 715-716 y 727; PUIG BRUTAU, op. cit., pp.

to no ocurre en la obligación genérica, en donde haya o no cosa del género en el patrimonio del deudor, el acreedor puede obtener un cumplimiento 'in natura'. El límite en este otro modelo obligacional está en que todas las cosas del género desaparezcan: en este caso entra a funcionar el equivalente pecuniario (95).

---

409-412 y pp. 425-431).

Pero, una vez que la doctrina tiende a admitir la objetivación de la responsabilidad contractual, parece no deseable distinguir entre la 'aestimatio rei' y el resto de los posibles daños del acreedor. Así lo sostiene DIEZ-PICAZO en la nueva edición de sus "Fundamentos". Dice: "La objetivación de la estimación del valor ha sido considerada por algunos autores como una vía de objetivación de la responsabilidad, sobre todo arrancando del perjuicio de que los daños y perjuicios sólo se deben por culpa. Sin embargo, no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado, para separar el régimen de la 'aestimatio rei' del de los restantes daños, ni para pensar que en los supuestos en que, según los arts. 1182-1184, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en indemnizar daños y perjuicios". Este autor sostiene que la obligación primitiva, devenida imposible e imputable al deudor, se transforma en la de indemnizar daños y perjuicios ["Fundamentos II. Las relaciones obligatorias", 4.ª ed., (1993), pp. 680-682].

Esta otra opinión, la de que la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor sólo da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, entre cuyas partidas se encuentra la del valor de la prestación debida, la mantienen: DELGADO ECHEVERRIA en LAZCROZ y otros "Elementos II-1.ª", pp. 225-226 y 259-260; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español III", pp. 235-236 y 240-242.

Por otra parte, PANTALEON señala que la acción indemnizatoria no se fundamenta en la 'perpetuatio obligationis', "artificio inútil" al haber desaparecido el sistema procesal romano: la acción resarcitoria por imposibilidad sobrevenida es una acción 'ex novo' que nace del supuesto de responsabilidad contractual [ADC, (1991), pp. 1020-1022].

95) Entran aquí dos supuestos: a) El de que, habiendo género en el momento en que tiene lugar el incumplimiento imputable al deudor, cuando el acreedor ejercita la acción de cumplimiento, dicho género ha desaparecido. b) El de que antes de que llegue el momento de cumplimiento de la obligación, el género desaparece (pérdida sobrevenida y fortuita), siempre que seamos partidarios de que esa pérdida la asume el deudor, negando así que la obligación genérica se extinga, lo cual no es compartido por toda la doctrina (cfr. infra, n.ºm. 47).

{29}.-- No obstante la anterior conclusión, algunos autores han aproximado el régimen de la obligación específica al de la genérica. Dichos autores defienden que en la obligación específica también cabe la posibilidad de compeler al deudor a un cumplimiento 'in natura', aunque la concreta cosa no se encuentre en el patrimonio del deudor (por ejemplo, está en el de un tercero, o ha perecido).

De esta opinión es Albaladejo. Este autor afirma que el deudor de una obligación específica puede ser condenado a la adquisición de la concreta cosa, y si se niega a ello, puede obtenerse dicha concreta cosa a expensas del patrimonio del deudor y entregarse al acreedor. Sólo para el caso en que la concreta cosa no pueda ser adquirida --no quiere venderla su dueño-- nace el deber de resarcir. De todas formas, Albaladejo reconoce que estas soluciones, correctas desde un punto de vista teórico, presentan inconvenientes en la práctica, y señala que al menos pueden aplicarse a casos en los que "de hecho sea conseguible la cosa específica (...) en análogas circunstancias a las de la genérica que no existe en el patrimonio del deudor" (lo subrayado es del autor) (96).

Badosa también opina que en la obligación específica puede

---

96) M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", p. 208, nota n.º 4. Continúa el texto: "Ahora bien, precisamente en dichas hipótesis es cuando al acreedor le importará menos recibir, en vez de la ejecución 'in natura', una indemnización con la que podrá procurarse la cosa".

En contra parece A. MARTIN PEREZ "Comentarios Edersa XV-1.º", pp. 280-282.

adquirirse la cosa a expensas del patrimonio del deudor, justificándolo en la aplicación analógica del art. 1096.II CC (97).

Ya situado en otra perspectiva, puesto que piensa en el caso de la pérdida sobrevenida de la cosa concreta, imputable al deudor y en el modo de liberarse de éste, Delgado señala la posibilidad de una reparación 'in natura', apoyándose en que la buena fe puede imponer al acreedor la aceptación de una cosa "de iguales características" a la perdida en concepto de indemnización (98).

[30].- Entendemos que estas opiniones doctrinales están motivadas por la idea de la preferencia del cumplimiento 'in natura' sobre el sustitutivo pecuniario, en la ejecución forzosa de la prestación. Esta preferencia del cumplimiento 'in natura' no siempre se ha admitido en los diferentes sistemas jurídicos (99). Con relación al nuestro, si bien el Código civil no la

97) F. BADOSA COLL "Comentario CC-II", p. 24.

98) Este autor considera que aunque normalmente el 'id quod interest' es una prestación de carácter pecuniario, "quizás quede algún espacio para la reparación 'in natura'". Entre los posibles supuestos menciona el del texto (DELGADO ECHEVERRIA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 280).

99) Un ejemplo es el Derecho romano. Atenuada la idea de que la responsabilidad del deudor implica una ejecución personal (Derecho antiguo), en el Derecho clásico la responsabilidad se traduce casi siempre en un resarcimiento pecuniario [JÖRS/KUNKEL "Derecho privado romano", traducción de la 2.ª ed. alemana por Prieto Castro, (1965), pp. 238-239; 244-246].

Otro ejemplo, ya más cercano, nos lo ofrece el Derecho inglés de contratos. Aquí, tiene gran relevancia la distinción entre el 'common Law' y la 'equity'. De acuerdo al 'common Law', aquella parte que ha sufrido el incumplimiento de la otra, no cuenta con una acción de cumplimiento 'in natura', sino con una de daños. La salvedad es cuando el incumplidor demandado tiene a su cargo una prestación pecuniaria. En cambio, en la 'equity' existe la ejecución específica, aunque con carácter excepcional. La razón que justifica que el normal remedio del incumplimiento sea la indemnización está en que ésta



formula expresamente, la doctrina sí que la admite (100).

Entrando en la valoración de las opiniones doctrinales que defienden la posibilidad de un cumplimiento 'in natura' en la

---

constituye una reparación adecuada en los casos en los que es fácil obtener el bien, objeto del contrato, en el mercado. En cambio, esto no sucede en otros casos, con lo que la aplicación de la regla de la condena de los daños iría en contra de la justicia. Es decir, la regla fundamental en esta materia es como sigue: "la ejecución específica no será decretada si hay un adecuado remedio en la ley". Ahora bien, dicha ejecución específica no es un derecho de las partes, sino que es una opción de los jueces. Además, éstos mediante un mandato ('injunction') prohíben o mandan hacer a la parte incumplidora del contrato, aquéllo a que se comprometió. No obstante esto, hay ciertos contratos en los que no se concede una ejecución específica, como son los que establecen una relación de servicios personales, pues, no se puede obligar a las partes a que tengan una relación [CHESHIRE, FITFOOT, y FURMSTON'S, "Law of contract", 11.ª ed., (1986), pp. 578-579 y 611-618; desde una perspectiva comparatista ZWEIGERT/KÖTZ "Introduction to comparative Law", vol. II, 2.ª ed., (1987), pp. 169-173; son interesantes las reflexiones conjuntas que hacen sobre el Derecho alemán, francés y 'common law', pp. 173-176].

Por otra parte, como ejemplo de una concreta previsión legal de ejecución específica, ha de mencionarse la Sect. 52 (1) SGA 1979 que da, con ciertos límites, ese remedio al comprador (cfr. infra, n.ºm. 62, nota n.º 259).

Finalmente, esta peculiaridad del Derecho inglés, y de los Derechos sometidos a su influencia, es tenida en cuenta por el art. 28 de la Convención de Viena de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que tiene carácter de compromiso: "Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención" [sobre las cuestiones que este artículo suscita: J. HONNOLD "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention" (1987), pp. 221-228; también, conectando el art. 28 con el 46 CV, las pp. 299-300, y con el art. 62 CV, las pp. 357-358].

100) Entre otros: Q. MUCIUS SCAEVOLA, quien emplea la terminología de "cumplimiento principal" y "cumplimiento supletorio" en "Código civil comentado XIX", pp. 416-418; DELGADO ECHEVERRIA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 224; ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", pp. 206-207; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Obligaciones I-II", pp. 439-441; A. MARTIN PEREZ "Comentarios Edersa XV-1.º", pp. 274-279.

obligación específica, aunque la cosa no esté en el patrimonio del deudor, consideramos:

Primero: En principio parece razonable que el acreedor obtenga un cumplimiento 'in natura'. Esta modalidad de cumplimiento es, posiblemente, la que mejor satisface su interés.

Segundo: No obstante esa conveniencia del cumplimiento 'in natura', debe admitirse la existencia de límites. A propósito de la obligación específica se nos ocurren los siguientes:

a) Cuando la concreta cosa no puede, en modo alguno, ser adquirida, es claro que no es posible el cumplimiento 'in natura'. Es el caso del dueño que no quiere vender, señalado por Albaladejo; o el de la cosa, que estando en el momento del nacimiento y en el de la ejecución voluntaria de la obligación dentro del tráfico jurídico, a la hora de proceder a la ejecución forzosa de la obligación, ya no lo está; etc.

b) La singularidad del objeto puede dar pie a que el coste de la ejecución forzosa para el deudor sea notablemente superior al interés que el acreedor posee en el cumplimiento 'in natura', y de aquí lo cuestionable de la procedencia de este último. Entre la carga del cumplimiento 'in natura' del deudor y la satisfacción del interés del acreedor debe mediar un equilibrio (principio de proporcionalidad).

Supongamos que A vende a B un cuadro de un pintor famoso, del que no es propietario, ni poseedor, por diez millones de pesetas, siendo este precio adecuado a la cotización del autor en el mercado; que B revende el cuadro a C, por quince millones de pesetas, precio que también es adecuado a la cotización del autor; y que el dueño del cuadro ha puesto éste en venta por un

precio muy por encima de la susodicha cotización (precio arbitrario): por ejemplo 100 millones de pesetas. Con estos datos, y descartado que al acreedor (B) le interese resolver el contrato ¿puede imponerse al deudor (A), en todo caso, la adquisición del cuadro, mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento? Pensemos, por ejemplo, que los daños del acreedor (B) se cifran en los diez millones de pesetas, precio del cuadro, más los cinco millones correspondientes a la cantidad con la que pensaba lucrarse en la reventa, siendo pues de una cuantía muy inferior a los 100 millones de pesetas, precio de venta del cuadro por su dueño.

Es excesivo hacer cargar al deudor con el coste de una ejecución 'in natura', cuyo valor es determinado por la arbitraria petición del dueño de la cosa. Por el contrario, si parece más razonable que el deudor responda por el daño que efectivamente sufre el acreedor (los 15 millones de pesetas, como mínimo) (101). Adviértase la imbricada relación que en este te-

---

101) El art. 861 CC --cuyo supuesto de hecho es el del legado de cosa ajena-- puede ofrecer un cierto apoyo a lo que decimos en el texto, obviamente con las pertinentes adaptaciones por moverse en un campo distinto (sucesiones). Dicho artículo dice que el "heredero" tiene la obligación de adquirir la cosa para el legatario "y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación". La mayoría de la doctrina entiende, que en ese "no siéndole posible" entra el supuesto en que el propietario de la cosa "pida por ella un precio excesivo (que no necesariamente desorbitado)" (J.M. OSSORIO SERRANO "Comentario CC-I", p. 2107).

Si en un caso en que expresamente se impone una obligación de adquirir la cosa al tercero, la doctrina pone el límite del precio excesivo, con mayor razón debe entenderse que dicho límite también opera en el caso del art. 1096 CC.

En relación al art. 77 del Convenio de las Naciones Unidas, celebrado en Viena el 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, B. AUDIT resalta que entre el sacrificio del deudor y el del acreedor debe mediar una proporcionalidad ["La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980", (1990), pp. 164-167].

ma hay entre la acción de cumplimiento 'in natura' y la de indemnización por daños. La comparación entre una y otra nos concreta, si se da ese principio de proporcionalidad entre la carga del cumplimiento 'in natura' y la satisfacción del interés del acreedor, y, para esa comparación hemos de tener presente el carácter de "buena fe" o "doloso" que el deudor tenía (art. 1107 CC). Podemos entender que el límite de la acción de cumplimiento 'in natura' está en la cuantía de la indemnización que el acreedor pueda obtener.

En este sentido, imaginemos ahora que el dueño del cuadro vende éste por un precio situado dentro de los márgenes que el mercado marca. La situación parece cambiar: ya no choca tanto el que pueda exigirse al deudor la adquisición del cuadro; que haya un cumplimiento forzoso 'in natura'. Probablemente, la postura que Albaladejo defiende se limite a este segundo supuesto (102).

Los dos casos, que hemos puesto como ejemplos, ponen de manifiesto la relevancia de que el coste de la ejecución forzosa 'in natura' debe ser razonable. Ahora bien, esta razonabilidad la garantiza la obligación genérica, menos la obligación específica.

Partiendo de que en una situación competencial el mercado determina a través de la oferta y de la demanda el precio ade-

---

102) Hemos puesto un ejemplo de contrato oneroso, pero ¿llegaríamos a las mismas soluciones en el caso del comodatario que enajena de mala fe el cuadro y el comprador lo adquiere por usucapión?; en tal supuesto ¿puede el comodante en todo caso exigir al comodatario la entrega 'in natura' de la cosa que entregó?

cuado a una mercancía, en la obligación genérica la carga que el deudor tiene que asumir por el cumplimiento forzoso 'in natura' no va a ser en modo alguno desproporcionada. Esto por la sencilla razón de que, como con la entrega de cualquier cosa que pertenezca al género pactado se cumple, la posibilidad de adquirir cosa del género por el precio que marca el mercado es siempre posible. El mercado ejerce un control efectivo.

En la obligación específica es cierto que también hay un mercado que determina el precio. Incluso si en el ejemplo anterior --la venta del cuadro-- en que el objeto de la obligación es una cosa infungible, aquél existe (cotización del autor), con mayor razón lo hay si el objeto de la obligación específica es una cosa fungible (mi coche Ford Fiesta) <sup>(103)</sup>. Pero la estructura de la obligación específica no garantiza que la carga del deudor por un cumplimiento forzoso 'in natura' no sea desproporcionada. Como en este modelo obligacional sólo se cumple dando esa concreta cosa y no otra, el mercado, que efectivamente ha determinado el precio adecuado de la cosa, no puede controlar el de la concreta cosa objeto de la obligación. Frente a un propietario, entre cuyas facultades se encuentra la libertad de disponer de la cosa al precio que quiera (excesivo o no excesivo) <sup>(104)</sup>, aparece un deudor de esa concreta cosa que no

---

103) Sobre la relación entre las clasificaciones cosa fungible/no fungible y obligación genérica/específica, recuérdese supra, n.ºm. 25 y 26.

104) Recordemos que el Código civil no recoge, para los contratos, la rescisión por lesión en el precio (cfr. art. 1291 CC), que si admite la etapa anterior a la codificación (véase B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 41 y 342-354; también infra, la nota n.º 474).

tiene libertad de decisión, si entendemos que en todo caso debe cumplir 'in natura'.

En conclusión, es probable que el codificador pretendiera evitar los problemas prácticos que hemos señalado, cuando implícitamente entiende que el cumplimiento forzoso 'in natura' de una obligación específica exige que la concreta cosa esté en el patrimonio del deudor (art. 1096.I CC).

De todas formas, las opiniones doctrinales que admiten la imposición de un cumplimiento forzoso 'in natura', pese a que el deudor no tenga la cosa, parecen hacerlo con el presupuesto de que se den idénticas condiciones (de mercado) a las presentes en la obligación genérica. En cuanto a la opinión de Delgado, recuérdese que se concreta al caso en que la prestación de dar cosa específica no cabe cumplirla por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor. Su afirmación de que, aún así es posible imponer al acreedor la recepción de una cosa de características semejantes a la perdida, entendemos que se justifica, además de en lo dicho hasta ahora, en que, aunque las partes configuraron una obligación específica, el concreto interés del acreedor no se restringe a la misma; se trataría de una obligación específica de cosa fungible (105).

**4.3. Las normas de la LEC sobre ejecución forzosa de sentencias en las obligaciones de dar, según sea cosa específica o genérica: arts. 926 ss LEC.**

---

105) Nótese que esta opinión no contradice el art. 1166 CC (sobre el mismo, infra, n.ºm. 35). Este artículo piensa en las facultades del acreedor en orden al pago y DELGADO se sitúa en otro caso, aquél del deudor incumplidor y que no puede entregar la concreta cosa.

[31].- Una vez que el acreedor obtiene una sentencia que condena al deudor al cumplimiento de la obligación, éste puede cumplir voluntariamente, o negarse a ello. En este último caso el acreedor puede pedir la ejecución forzosa de la sentencia. Interesa ver si la LEC diferencia entre la obligación específica y la genérica, en relación a la ejecución de una sentencia, que condena a un dar de carácter no pecuniario <sup>(106)</sup>.

[32].- En la ejecución forzosa de una sentencia que condena al deudor a la entrega de una cosa determinada, el Juez aplica sucesivamente las reglas siguientes:

a) Cuando es posible poner al ejecutante en posesión de la cosa, la Autoridad Judicial procederá a ello (art. 926, párrafo I para los inmuebles y párrafo II para los muebles).

b) Cuando lo anterior no sea posible, la Autoridad Judicial procederá al "resarcimiento de perjuicios" de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 928 y ss LEC (art. 926.III LEC).

La jurisprudencia ha ido identificado de modo progresivo los casos en que no es posible poner al ejecutante en posesión del objeto debido, lo que jus-

---

106) Seguimos la terminología empleada por M.A. FERNANDEZ, de acuerdo a la cual la ejecución de una condena no pecuniaria alude a la condena del deudor consistente en realizar alguna actividad, que no sea entregar una determinada cantidad de dinero. En cambio, la ejecución de una condena pecuniaria supone que la condena del deudor consiste en la entrega de una determinada cantidad de dinero.

En la actualidad, se critican las expresiones de "ejecución específica" y "ejecución genérica", en cuanto que se ha entendido que la primera alude a condenas de carácter no pecuniario, y la segunda, a condenas de carácter pecuniario. Frente a esto se afirma que la ejecución específica se refiere a la condena del deudor, a que realice la prestación objeto de obligación, y ésta puede consistir tanto en una prestación pecuniaria, cuanto en una no pecuniaria. En cambio, la ejecución genérica consiste en la condena al pago de una cantidad de dinero en concepto de sustitutivo o equivalente de la prestación objeto de la obligación, y cuyo cumplimiento es imposible de ser llevado a cabo. También se rechaza que las expresiones "ejecución específica" y "ejecución genérica" tengan algo que ver con la clasificación obligación específica y genérica [MORENO CATENA, "Derecho procesal", tomo I, vol. II, "Proceso civil (2)", 5.ª ed., (1990), pp. 413-414; M.A. FERNANDEZ, "Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares", (1990), pp. 116 y 221-224; I. TAPIA FERNANDEZ "Las condenas no pecuniarias", (1984), pp. 47-49 y 53-56].

tifica que opere la regla subsidiaria del resarcimiento. Entre éstos están (<sup>107</sup>):

a) El del objeto que ha perecido o que no puede ser hallado (imposibilidad física).

b) El del objeto en poder de un tercero que no puede ser reivindicado (imposibilidad jurídica) (<sup>108</sup>) (recuérdese lo dicho a propósito de la norma civil del art. 1096.I CC).

[33].- En la ejecución de sentencia que condena a la entrega de una cosa que pertenece a un determinado género o a la entrega de determinada cantidad, M.A. Fernández señala que deben distinguirse tres casos:

a) Si en el patrimonio del deudor hay cosa del género debido, el acreedor puede solicitar del Juez que le ponga en su posesión, en virtud de lo dispuesto en el art. 926.II LEC (<sup>109</sup>).

b) Si en el patrimonio del deudor no hay cosa del género debido, el acreedor puede pedir que la obligación se cumpla a expensas del deudor (art. 1096.II CC) (<sup>110</sup>).

---

107) Recuérdese lo señalado a propósito del art. 1096.I CC, supra, n.ºm. 28.

108) I. TAPIA FERNANDEZ "Las condenas no pecuniarias", pp. 155-160; en general, comentando el art. 926 LEC, las pp. 151-162.

109) Estamos de acuerdo con la opinión de M.A. FERNANDEZ que entiende que "art. 926.II no distingue entre cosas muebles específicas o genéricas, y no hay razón alguna para excluir a estas últimas" ["Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares", (1990), pp. 240-241].

A nuestro parecer la reglamentación que dispone este art. 926 LEC no se basa en la distinción obligación específica y genérica, sino en si el bien, que el deudor debe entregar en virtud de la condena impuesta por la sentencia, se encuentra o no en su patrimonio. Hacemos esta precisión porque se ha sostenido que el art. 926 LEC piensa tan solo en aquellas sentencias que condenan a dar una concreta cosa (obligación específica). Así lo han defendido: I. TAPIA FERNANDEZ "Las condenas no pecuniarias", pp. 146-147; V. MORENO CATENA "Derecho procesal" Tomo I, vol. II, "Proceso civil (2)", 5.ª ed., (1990), pp. 446-447. Véase también DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 679-680.

110) M.A. FERNANDEZ "Derecho procesal civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares", tomo III, (1990), p. 241.



c) Pese a que el tenor literal del art. 947 LEC --cuyo supuesto normativo es el de sentencia que condena "al pago de una determinada cantidad de frutos en especie"-- parece que permite al deudor optar entre dar los frutos debidos o su valor, según mercado, M.A. Fernández entiende que esa opción es "inadmisible" y que si tales frutos están en el patrimonio del deudor debe ponerse en posesión de ellos al acreedor. En otro caso, se le dará su importe <sup>(111)</sup>.

[34].- En conclusión, ya consista la sentencia de condena en la entrega de una cosa específica o en la de dar una o varias cosas que pertenezcan a un género, si la cosa debida se encuentra en el patrimonio del deudor, el régimen a aplicar es el mismo: la puesta en posesión de la cosa al acreedor.

En cambio, si en el patrimonio del deudor no está la cosa debida, toma relevancia el modelo obligacional pactado: mientras en la condena de dar una concreta cosa el ejecutante debe contentarse con el resarcimiento pecuniario (transformación), en la de dar una cosa que pertenece a un género, el ejecutante todavía puede obtener el cumplimiento 'in natura'.

No existe, por tanto, diferencia sustancial entre las normas del Código civil sobre el cumplimiento forzoso de una obligación y las normas de la LEC sobre el cumplimiento forzoso de una sentencia de condena <sup>(112)</sup>.

#### 4.4. El requisito de la identidad en el pago y la calidad de la cosa debida: arts. 1166 párrafo I y 1167 CC.

111) M.A. FERNANDEZ "Derecho procesal civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares", tomo III, (1990), pp. 242-243.

Entiende V. MORENO CATENA en relación a este art. 947 LEC que el acreedor puede "pedir la entrega 'in natura' si se encontraran bienes de esa clase en poder del deudor" ["Derecho procesal", tomo I, vol. II, 5.ª ed., (1990), p. 455]. Véase también I. TAPIA FERNANDEZ, "Las condenas no pecuniarias" (1984), pp. 162-166.

112) Aunque piensan en supuestos distintos el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil es evidente la estrecha relación que poseen. Así, diversos autores exponen la reglas de los arts. 1096 y ss CC junto con las de los arts. 924 y ss LEC: DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 678-680; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español III", p. 237; ALBALADEJO "Derecho civil II-1.ª", p. 208.

Esta conexión ya la ve S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 54-55.

[35].- En la obligación específica el deudor debe entregar la concreta cosa que pactó y no otra ('aliud pro alio'), y el acreedor tiene derecho a recibir esa cosa y no otra.

Esto es lo que significa el requisito de la identidad en el pago, gráficamente expresado en el art. 1166.I CC (113), que la doctrina suele asociar con la obligación específica (114), cuando dice que el deudor no puede obligar a su acreedor a que acepte otra cosa (115), aunque sea de valor igual o incluso superior (116). Con similar formulación los autores del XIX anteriores al Código civil expresaban esta regla (117).

113) El art. 1183 APCC 82-88 y el art. 1089 PCC 1851 tienen idéntica redacción a la del art. 1166.I CC (PEÑA "Anteproyecto" p. 370). El PCC 1836 también contiene esa regla en el art. 1872 (LASSO "Codificación civil" p. 274).

--- Recogen la misma regla los arts. 1243 C.c. francés; 1243 C.c. belga; 1245 CC ital. 1865; art. 1197 CC ital. 1942.

114) Al respecto infra, las nota n.º 116 y n.º 120.

115) Por descontado que si el acreedor consiente en la entrega de otra cosa, el pago del deudor es válido: en tal caso nos encontramos ante una dación en pago. Véase DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 555-558.

116) J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO "El cumplimiento de las obligaciones", p. 211; A. HERNANDEZ GIL "Derecho de obligaciones-I", pp. 334-336; A. CRISTOBAL MONTES "El pago" p. 88, quien señala las mismas ideas en su comentario al art. 1166 CC en "Comentario CC-II" p. 192; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 372; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 200.

Ya a los pocos años de estar en vigor el CC se conecta este art. 1166.I CC con la obligación específica: J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código-VIII", pp. 262-264; Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", pp. 901-903.

En cambio otros autores no ligan el art. 1166.I con un determinado modelo obligacional: ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", pp. 133-135; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 184; BERCOVITZ/VALLADARES "Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 117-126.

117) Pero, además, en su exposición precisan que si el deudor no puede pagar las cosas que prometió (obligación de dar), puede entregar otras, aunque para ello necesita la aprobación

La cuestión doctrinal más sobresaliente, a propósito de la identidad en el pago, es si debe aplicarse con todo rigor (cualquier diferencia entre la prestación debida y la ejecutada implica un pago no válido), o si hay un margen de tolerancia -- determinable mediante los usos del tráfico o la buena fe-- de manera que situada la divergencia entre lo debido y lo ejecutado en dicho margen, el pago hecho por el deudor es válido (118).

En cuanto a la calidad debida en la cosa, al imponer la obligación específica la entrega de esta concreta cosa, dicha cosa es la que al mismo tiempo y en principio determina la calidad debida. Adviértase que estamos hablando de la calidad exigida por la obligación y no de la calidad presupuesta en la cosa por las partes (119).

---

del Juez; también debe indemnizar al acreedor. Con esto reproducen la P. 5.14.3 en donde se sitúa esta regla de la entrega de la cosa debida y no la de otra. Así: B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 127-128; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", p. 213; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 85; F. SANCHEZ ROMAN no cita expresamente esta doctrina, si bien menciona esa P. 5.14.3. ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 266, nota n.º 2).

118) Así lo resalta CRISTOBAL MONTES que señala cómo Hernández Gil es partidario de haya una perfecta identidad entre la prestación debida y la ejecutada, mientras que Bercovitz entiende que hay un cierto margen de tolerancia (mínimo), en cuanto que no toda divergencia entre la prestación debida y la ejecutada conlleva la aplicación del art. 1166 CC. Con esta última opinión está de acuerdo A. CRISTOBAL MONTES "El pago", pp. 88-89, y "Comentario CC-II", pp. 192-193. Véase también A. HERNANDEZ GIL "Derecho de obligaciones-I", p. 335; BERCOVITZ/VALLADARES "Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 124-125; estos últimos autores plantean además el problema, de si el pago con tarjetas de crédito tiene idénticos efectos, que el pago en efectivo, lo cual niegan (pp. 118-123).

119) Lo cual, en principio, parece reconducirnos a cuestiones relacionadas con el error, etc.

Ahora bien, la cosa puede cambiar, si media un período de tiempo entre el nacimiento y la exigibilidad de la obligación, surgiendo así el problema de identificar cuál de estos dos momentos es relevante a efectos de la determinación de la calidad debida. El codificador no ofrece una respuesta directa en las reglas que dedica a la obligación en general (Libro IV, Título I). Pero como la obligación de dar alguna cosa implica un deber de custodia (cfr. art. 1094 CC), debemos entender que a partir del momento en que nace ese deber de vigilar, es también el momento que determina qué cualidades de la cosa específica puede el acreedor exigir. La concreción del momento en que comienza el deber de custodia, lo determina cada negocio jurídico.

[36].- En la obligación genérica, la exigencia de identidad en el pago se traduce en que el deudor debe entregar una cosa que reúna las cualidades del género determinado en dicha obligación (120).

---

120) Reconocemos que tal y como está redactado el art. 1166.I CC, da la impresión de que sólo piensa en las obligaciones específicas. Ya hemos dicho que la doctrina suele ligar ese artículo a dicho modelo obligacional (supra, n.ºm. 35, nota n.º 116). Además, como apoyo de peso a esta conexión está el art. 1872 PCC 1836, equivalente al art. 1166.I CC con el cual apenas posee diferencias de redacción, salvo una que nos afecta. Dice el art. 1872 PCC 1836: "El deudor de una cosa especial y determinada no puede obligar a su acreedor a que reciba en su lugar otra diferente, aunque ésta sea de igual o mayor valor que la debida" (lo subrayado es nuestro; LASSO "Codificación civil", p. 274).

Ahora bien, esa alusión a la obligación específica desaparece en el CC y consideramos que el tenor literal del art. 1166.I CC permite abarcar a las obligaciones genéricas. Para estas últimas, dicho artículo significa que el deudor no puede entregar una cosa que pertenezca a género diferente del pactado. En definitiva, el requisito de identidad del pago recogido por el art. 1166.I CC implica que: a) En la obligación específica el deudor no puede dar la cosa X en lugar de la cosa Y, que era la debida; y b) en la obligación genérica el deudor no puede entregar una cosa del género X en vez del Y, que es el considerado en la obligación.

Pero el género del cual ha de extraerse la cosa puede estar compuesto de bienes que son prácticamente idénticos entre sí (homogéneos) (121), o bienes que, aunque posean los caracteres determinados en la obligación, tienen entre sí calidades diferentes (no son del todo homogéneos) (122).

a) El primer tipo de género no plantea problema en cuanto a la cosa con cuya entrega el deudor extingue su obligación: dado que todas las cosas son idénticas entre sí, con cualquiera de ellas el deudor cumple.

b) El segundo tipo de género --aquél que se conforma con cosas de diferentes calidades-- ya plantea alguna cuestión. En principio y si las partes nada han indicado, la lógica interna de la estructura de la obligación genérica nos permitiría entender que el deudor se libera con la entrega de cualquier cosa del género (ya la de superior, ya la de la media, o, ya la de inferior calidad) (123), y este ofrecimiento de pago del deudor no podría ser rechazado por el acreedor.

---

121) Este tipo de género es el que hoy predomina dentro del tráfico jurídico-económico, consecuencia de la producción industrial en masa. Son los ejemplos típicos de la adquisición de un electrodoméstico, de una máquina industrial, de un coche, etc.

122) En este segundo modelo de género, el ejemplo típico es el de la producción del artesano: todas las vasijas de la misma forma y color pertenecen a un género, pero no todas tienen la misma calidad.

123) En cuanto a la regla que el Derecho romano y el intermedio aplicaban, así como lo sostenido por la doctrina del Derecho común: J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1985), pp. 910-911.

Sin embargo, el codificador no tomó partido por esa opción y el art. 1167 CC (124) dispone de una regla diferente, continuando lo que los autores del XIX anteriores al Código civil sostuvieron (125): En el caso de que las partes nada hayan indicado (126) y existan dentro del género cosas de distintas calidades, el deudor no puede entregar una de la calidad inferior, ni el acreedor exigir una de la superior (127).

Sobre esta regla de la calidad media, a la que nuestra

---

124) Son antecedentes del art. 1167 CC el art. 1184 APCC 82-88, el art. 1090 PCC 1851 (PEÑA "Anteproyecto" pp. 370-371) y el art. 1876 (LASSO "Codificación civil" p. 275)

--- Son similares a este art. 1167 CC: art. 1246 C.c. francés; 1246 C.c. belga; art. 1248 CC ital. 1865; art. 1178 CC ital. 1942; art. 71.2. CO suizo.

125) En general esta doctrina expone la regla de la calidad media sin apoyarla en ningún texto legal: P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", pp. 213-214; S. DEL VISO quien recuerda que la misma regla se observaba en los legados, "Lecciones elementales-III", p. 85; F. SANCHEZ ROMAN el cual se remite, en la exposición de cómo debe hacerse el pago (p. 266), a lo que dijo para las obligaciones genéricas (p. 77; "Estudios de Derecho civil-IV").

En cambio, B. GUTIERREZ FERNANDEZ apoya la regla de la calidad media de las obligaciones genéricas en D. 21.1.18.1. ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 128); y J. ESCRICHE cita las P. 5.11.18 y 5.14.9, v. Paga "Diccionario-IV", p. 406.

126) El art. 1875 PCC 1836 prevé este caso: "En las deudas de género, el que se entregare para pago deberá ser de la clase y calidad que se hubiere pactado" (LASSO "Codificación civil", p. 275).

127) A propósito del art. 1167 CC; SANCHO REBULLIDA resalta el diferente régimen que en relación con la calidad debida de la cosa tienen la obligación genérica limitada y la alternativa. Cogiendo el ejemplo de Larenz, la venta de uno de los seis cachorros de una camada canina, en la obligación genérica, la entrega de un cachorro que no tenga un adecuado desarrollo puede ser rechazada por el acreedor, pero, si la obligación pactada fue alternativa, la entrega del cachorro que no tiene un adecuado desarrollo será un pago eficaz. Este problema surge en aquellos casos en los que el número de objetos que componen un género es reducido (en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 93-94).

doctrina no ha dedicado particular atención (128), suele resaltarse que responde a las ideas de justicia o equidad (129), lo cual ha sido correctamente cuestionado por algún autor, en relación a las obligaciones sinalagmáticas (130).

128) Y sin embargo se encuentran diferentes interpretaciones, no estando en algunos casos clara la opinión defendida.

Por ejemplo, Q. MUCIUS SCAEVOLA --desechando que el deudor deba dar una cosa de la superior o inferior calidad-- plantea si, "¿podrá dar la que inmediatamente siga en orden, ó habrá de ser por necesidad el término medio?", a lo cual responde que ello depende del "arbitrio judicial", indicando los inconvenientes de adoptar una u otra respuesta ("Código civil comentado-XIX", pp. 903-904).

J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO parece entender que el art. 1167 CC recoge la misma idea que el art. 1166.I CC, sólo que ahora es para las obligaciones genéricas (recuérdese supra, la nota n.º 116), si bien su pensamiento no es del todo nítido. Dice: "Si la obligación de dar, lo es de entregar una cosa indeterminada o genérica cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, entonces y a tenor de lo dispuesto en el art. 1167 del Código civil, se mantiene la exigencia de la identidad, en el sentido de que ha de mantenerse la misma calidad convenida, no pudiendo el acreedor exigirla de una calidad superior, ni el deudor entregarla de una inferior" ("El cumplimiento de las obligaciones", p. 211).

Segun RIVERO, la norma del art. 1167 CC implica que el acreedor no puede oponerse a recibir una cosa de calidad superior, si es conforme con la obligación y no hay lesión de la buena fe; tampoco puede exigir una cosa de la calidad inferior, porque la elección pertenece al deudor (en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 200).

129) J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código civil-VIII", p. 264; Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", p. 904; A. CRISTOBAL MONTES "El pago", p. 90, y, "Comentario CC-II", p. 194; BERCOVITZ/VALLADARES "Comentarios Edersa XVI-1.º", p. 140. Véase también CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1985), pp. 911 y 920.

GARCIA GOYENA señala en su comentario al art. 1090 PCC 1851, antecedente del art. 1167 CC, que la misma regla se observa en los legados genéricos y que "así lo dicta la equidad en ambos casos" ("Concordancias", p. 585).

130) DIEZ-PICAZO resalta que las reglas generales, que el Código civil dedica a la regulación de la obligación, se basan en la idea de que el deudor tiene que realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, frente al acreedor. Esto es, la obligación se ve "como vínculo unidireccional". Este hecho plantea problemas ("notorios desajustes") en relación a las obligaciones sinalagmáticas: es difícil aplicar a este tipo de obligaciones ciertas normas que, en cambio, tienen justificación aplicadas a las obligaciones unilaterales ("El

**4.5. La calidad debida en el legado genérico y en el específico: arts. 875 párrafo III, 876 y 883 CC.**

[37].- El Código civil tiene dos reglas diferentes sobre la calidad de la cosa debida en el legado genérico: las contenidas en el art. 875.III CC (calidad media) <sup>(131)</sup> y en el 876 (cualquier cosa) <sup>(132)</sup>. La

Derecho de obligaciones en la codificación civil española", en "Centenario CC-II", pp. 715-716).

El art. 1167 CC parece encajar en la opinión de Díez-Picazo. Si bien este artículo aparenta ser equitativo aplicado a una obligación unilateral (la excepción es el mutuo; arts. 1740, 1753 y 1754 CC), aplicado a las obligaciones sinalagmáticas puede no serlo. En este sentido, reproduciendo parte del pensamiento de Luzzatto, CAFFARENA pone el ejemplo de la compraventa. La idea de que el vendedor, cuya obligación consiste en dar una cosa del género, cumple válidamente, si da una cosa de calidad media, puede chocar si por otro lado tenemos presente la recíproca obligación del comprador, la del pago del precio. En la interna economía del contrato, y dando por descontado que el CC no protege la equivalencia objetiva entre las prestaciones (cfr. art. 1291 CC), da la sensación de no ser razonable, que la entrega de una cosa de calidad media sea válida, cuando se ha pactado un precio claramente superior, o, claramente inferior al normal dentro del mercado.

Y, a propósito de este art. 1167 CC, CAFFARENA plantea la cuestión de la jerarquía que existe entre las normas de Derecho dispositivo (art. 1167 CC) y las de interpretación del contrato; sobre todo, en cuanto a las llamadas normas de interpretación objetiva, en donde resalta la del art. 1289 CC: la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos.

Teniendo en cuenta la opinión de Betti, CAFFARENA sostiene que en la determinación del contenido de la regla negocial debe acudirse en primer lugar a las normas de interpretación de los contratos (art. 1289: reciprocidad), y después, a las normas de integración (art. 1167: calidad media). No obstante esto, en algunos casos está justificada la aplicación preferente del Derecho dispositivo frente a algunos criterios de interpretación, y es, cuando el legislador lo dispone así. Aquí, CAFFARENA pone como hipotético ejemplo el caso de que, si el art. 1167 CC en vez de estar situado en las reglas generales de las obligaciones, lo hubiera estado en las del contrato de compraventa, habría que aplicar aquél antes que el art. 1289 CC. Con esa hipotética localización el legislador habría mostrado un preferencia, que en cambio no ha hecho.

J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1985), pp. 915-929; especialmente las pp. 919-929.

131) Son antecedentes: el art. 860.III APCC 82-88 y el art. 691.III PCC 1851 (PEÑA "Anteproyecto" p. 265). El cambio que se aprecia entre los arts. del APCC y PCC 1851 --ambos de la misma redacción-- con el CC, es que el CC suprimió la última precisión que hacen los otros. Dicen los arts. del APCC y PCC 1851:



aplicación de una u otra se apoya en el hecho de que el testador haya o no determinado, a quien corresponde la elección de la cosa procedente del género.

Si el testador ha señalado que la elección corresponde al heredero o al legatario (133), éstos pueden seleccionar la cosa que mejor les pareciere (art. 876 CC). Si el testador nada ha indicado al respecto, la elección corresponde al heredero, el cual cumple entregando una cosa que no sea de la calidad superior, ni tampoco de la inferior (art. 875.III CC; cfr. art. 1167 CC) (134).

---

"La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior, habida consideración al capital hereditario y a las circunstancias personales del legatario" (lo subrayado es nuestro y es lo suprimido por el CC).

En la parca regulación que el PCC 1836 dedicó a los legados el art. 2313 parece ser el antecedente más próximo (LASSO "Codificación civil" p. 306).

--- Véanse: art. 1022 C.c. francés; art. 1022 C.c. belga; art. 870 CC ital. 1865; art. 664.I CC ital. 1942.

132) Son antecedentes: el art. 861 APCC 82-88 (PEÑA "Anteproyecto" p. 265) y el art. 692 PCC 1851. En el PCC 1836 el artículo más semejante es otra vez el 2313 (LASSO "Codificación civil" pp. 305-306).

--- Cfr. con el art. 873 CC ital. 1865 y el 664.II CC ital. 1942.

133) No alude el CC a la posibilidad de que la elección se atribuya a un tercero, pero la doctrina lo admite. La cuestión que básicamente plantea la atribución de la elección a un tercero se refiere a la calidad de la cosa que puede elegir: ¿la del art. 875.III (media), o la del art. 876 (cualquiera)? Si el tercero no practica la elección, ésta queda para el gravado; véase J.L. MOREU BALLONGA "El legado genérico en el Código civil", (1991), pp. 100-102.

GARCIA GOYENA también admite que la elección pueda corresponder a un tercero, acerca de lo cual dice en su comentario al art. 692 PCC 1851: "Dejada la elección al arbitrio de un tercero, y no pudiendo ó no queriendo éste hacerla, se devolvía el derecho al mismo legatario, pero no podía escoger de lo mejor, sino de mediano (...) El artículo 864 Sardo la devuelve al Juez, y si ocurriera entre nosotros el caso de que voy hablando, parece natural y hasta forzoso, que se devolviera la elección al alcalde" ("Concordancias", p. 373).

134) En relación al legado genérico, el CC introdujo cambios. Mientras el CC determina la calidad de la cosa que debe entregarse, según que el testador haya o no atribuido el derecho de elección al heredero o al legatario, en el Derecho anterior al CC el criterio para concretar, tanto a quien pertenece la elección, cuanto la calidad de la cosa debida, es el origen del género. En concreto (P. 6.9.23.):

Aunque estemos en el campo de las sucesiones, con este art. 876 CC se reproducen algunas de las cuestiones que encontramos a propósito del art. 1167 CC. Esa regla del art. 876 CC puede justificarse en la estructura de la obligación genérica: siempre y cuando pertenezca al género debido, la entrega de cualquier cosa es un pago válido. Pero, frente a esto, aparecen las ideas de justicia y de equidad que propugnarían la aplicación de la regla de la calidad media, y, por ser unilateral la obligación surgida del legado, parece, en principio, que no nos encontramos con los problemas de aplicación a que da lugar dicha regla, cuando se aplica a la obligación bilateral <sup>(135)</sup> (el conflicto

a) Si el género lo determina la "misma naturaleza" (un caballo) y hay cosas de ese género en el patrimonio del testador, corresponde al legatario la elección, quien no puede elegir la mejor. En el caso de que no hubiera en el patrimonio del causante cosa del género, el heredero debe comprar una que fuera buena.

b) Si el género lo determina "la mano del hombre" (una casa), el heredero cumple entregando cualquiera de las cosas que del género existen en el patrimonio del causante. Pero no está obligado a comprar cosa del género, si no hay ninguna en el patrimonio hereditario. En este último caso se entiende que el testador no tenía intención de legar ("legado irrisorio"). De todas formas, algunos autores señalan que si el causante efectivamente tenía la intención de legar ("intención seria"), el heredero debe comprar una cosa del género, según el patrimonio del causante (Escriche y Gutiérrez).

B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 450-451; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", p. 67; J. ESCRICHE v. Legado "Diccionario-III", p. 845; S. DEL VISO "Lecciones elementales-II", pp. 379-380.

El art. 691 PCC 1851 ya no da relevancia a si el género lo determina la naturaleza o la mano del hombre, a efectos de determinar a quien atribuir la elección, si el testador nada indicó. No obstante, conserva la terminología, y atribuye la elección al heredero ["El legado de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algun género ó especie determinada por la naturaleza ó por designación del hombre, es válido, aunque no haya cosas de aquel género ó especie en la herencia. La elección será del heredero (...)]. En su comentario, GARCIA GOYENA reproduce esa P. 6.9.23. Además, rechaza el llamado legado irrisorio, puesto que "sólo hay de seguro que el testador quiso favorecer al legatario" ("Concordancias", pp. 372-373; sobre el comentario de este autor volvemos, infra, n.ºm. 69).

El PCC 1836 tampoco tiene en cuenta el origen del género (naturaleza o mano del hombre; cfr. art. 2313; LASSO "Codificación civil", p. 30).

135) Recuérdese supra, la nota n.º 130.

se plantea de manera diferente: entre herederos/legatario).

Esta desproporcionalidad que encierra el art. 876 CC (cualquier calidad) ha inducido a Moreu a intentar reducir su campo operativo y situarlo dentro de límites razonables. Con este fin, este autor tiene presente que en el legado genérico, el género del cual debe extraerse la cosa, puede ser delimitado de dos formas distintas: a) sólo abarcando aquellas cosas que del género se encuentran en el patrimonio del testador, al producirse el fallecimiento de éste; y b) comprendiendo, además, a aquellas cosas, que perteneciendo al género, no se encuentran en el patrimonio del testador en el momento de su defunción.

La regla del art. 876 CC tiene justificación si sólo se aplica al primer tipo de legado genérico: el limitado a los bienes pertenecientes al patrimonio del testador. La excepción se produce cuando el causante dispone otra cosa: que también se extienda a cosas del género que estén fuera de su patrimonio. Téngase presente que en el campo del Derecho de sucesiones es fundamental el respeto de la voluntad del disponente (136).

[38].- En el legado de cosa "específica y determinada, propia del testador" (art. 882), dado que el legatario sólo tiene derecho a recibir la cosa que el testador le legó, dicha cosa es la que también determina la calidad debida en el objeto. Ahora bien, durante el período que media entre el momento de la perfección del testamento y el de su eficacia, la concreta cosa puede haber cambiado; por esto, el legislador prevé la regla que identifica el momento relevante, en cuanto a la calidad de la cosa debida: el de la muerte del testador (art. 883 CC).

[39].- Se habrá advertido ya, que las reglas aplicables a los legados genéricos y específicos son muy similares a las reglas generales de las obligaciones genéricas y específicas, surgidas por título distinto al del legado (137).

136) J.L. MOREU BALLONGA "El legado genérico en el Código civil", (1991), pp. 94-99.

137) Es conocido que esta similitud tiene su explicación en que las reglas generales de las obligaciones se construyeron a partir de las obligaciones nacidas de la 'stipulatio' y del legado 'per damnationem'. Así lo señala, entre otros, DIEZ-PICAZO, si bien con la finalidad de resaltar la escasa regulación que el CC ofrece para las obligaciones sinalagmáticas: "El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española", en "Centenario CC-I", p. 715.

#### 4.6. El lugar del pago: art. 1171 párrafos II y III CC.

[40].- El párrafo primero del art. 1171 CC (<sup>138</sup>) establece la primera de las tres reglas que el Código civil contiene acerca del lugar del pago de la obligación (<sup>139</sup>). Según ella, el deudor tiene que cumplir en el lugar designado por la obligación.

Pero ante la posibilidad de que la obligación nada indique, el Código ofrece otras dos reglas. Una de ellas piensa exclusivamente en la obligación específica (1171.II); la otra -- de carácter subsidiario, aunque en la práctica sea la de más frecuente aplicación-- es aplicable también a la obligación genérica (1171.III).

[41].- El párrafo segundo del art. 1171 CC señala que en la obligación específica, el deudor debe realizar el pago en el lugar, en que la concreta cosa existía en el momento de constituirse la obligación (<sup>140</sup>). Esta norma ya la conocía el Derecho

138) Son antecedentes el art. 1188 APCC 82-88 y el art. 1091 PCC 1851 (PEÑA "Anteproyecto", p. 372).

En relación con el art. 1171 CC, el PCC 1836 presenta dos diferencias: a) En lugar de dedicar un único artículo al lugar del pago, cuenta con dos: los 1878 y 1879. b) Además contiene una regla de la que carece el CC. Según el art. 1879.II PCC 1836: "Sin embargo, si el deudor quisiese realizar el pago o entregar la cosa en el domicilio del acreedor, éste no podrá negarse a recibirlo" (LASSO "Codificación civil", p. 275).

--- Son equivalentes al art. 1171 CC: art. 1247 C.c. francés; art. 1247 C.c. belga; art. 74 CO suizo; art. 1249 CC ital. 1865; art. 1182 ital. 1942.

139) Con carácter general puede consultarse el trabajo de MUÑOZ PUENTE "El lugar de cumplimiento de la obligación, en especial en la esfera de la compraventa civil y mercantil", RCDI, (1968), pp. 905-949.

140) Estamos de acuerdo con la opinión de MANRESA, en que el art. 1171.II también puede aplicarse a las obligaciones

romano <sup>(141)</sup>, siendo también admitida por la doctrina del XIX, anterior al Código civil <sup>(142)</sup>.

En la interpretación del art. 1171.II CC algunos autores se plantean, si es preciso, que en el momento de constituirse la obligación, tanto el acreedor cuanto el deudor conozcan en dónde se encuentra la cosa. Una respuesta afirmativa implicaría que en el caso de que las partes no lo supieran, entra a funcionar la regla del art. 1171.III CC: la del lugar del domicilio del deudor. En cambio, una respuesta negativa conlleva la no aplicación de la regla del art. 1171.III CC <sup>(143)</sup>. Según es-

---

genéricas de género limitado. Si en estas obligaciones el género del cual debe extraerse la cosa, a efectos del pago, normalmente se describe por determinadas circunstancias de tiempo y de lugar, entendemos que hay en este aspecto una sustancial similitud entre las obligaciones específicas y las genéricas de género limitado, que justifica, el que a estas últimas se les aplique el art. 1171.II (vía art. 4.1 CC).

J.M.<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código civil-VIII", pp. 280-281.

141) D. 30.47.1.

142) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 130; J. ESCRICHE v. Paga, "Diccionario-IV", p. 406; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 83; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de derecho civil-IV", p. 265. Todos ponen el ejemplo de la venta de trigo que el deudor tiene encerrado en el granero, y parten del presupuesto de que en la obligación nada se ha indicado sobre el lugar de cumplimiento.

En cambio, P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M MONTALBAN se limitan a señalar que, "el pago ha de hacerse en el punto convenido; en el silencio de esta circunstancia, en el contrato ó en el del domicilio del deudor" ("Elementos del Derecho civil-II", p. 214).

Véanse las P. 5.11.25 y P. 7.35.2.

143) Esta cuestión no se plantea en el Derecho inglés, en el concreto contrato de compraventa. La Sect. 29 (2) SGA 1979 dice, que en la compraventa de cosas específicas, el lugar de entrega es aquél en el que están las cosas, si las partes lo conocen, cuando celebran el contrato [ATIYAH "The Sale of Goods", 8.<sup>a</sup> ed., (1990), pp. 97-98].

tos mismos autores, es irrelevante el que dicho conocimiento exista o no, al aplicar el art. 1171.II CC. No obstante esto, también admiten excepciones a esta regla: serían aquellos casos en los tal aplicación conduzca a consecuencias desproporcionadas (144).

[42].- Si la obligación genérica nada señala, el lugar de cumplimiento es el del domicilio del deudor, por aplicación del párrafo tercero del art. 1171 CC ("En cualquier otro caso").

Esta regla responde al 'favor debitoris' (145), y si por un lado significa un cambio parcial frente a lo que una serie

---

144) BERCOVITZ/VALLADARES señalan que la regla del art. 1171.II CC parece justificarse, en que las partes conocen el lugar en que se encuentra la cosa, y esto se apoyaría en la autoridad de García Goyena, quien comentando el art. 1091 PCC 1851, equivalente al art. 1171 CC, así lo señala. A lo cual añadimos, que por lo general, el modelo del que parten las normas sobre obligaciones es el de la obligación de dar cosa específica, que las partes ven al tiempo que celebran el contrato (piénsese, por ejemplo, en el contrato de compraventa, en el comodato, etc). Sin embargo, concluyen BERCOVITZ/VALLADARES, ese conocimiento no es necesario para aplicar el art. 1171.II CC, sin perjuicio de que aquella parte que pueda ser "sorprendida", pueda impugnar el negocio alegando que sufrió error ("Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 193-194).

En el mismo sentido que estos autores: A. CRISTOBAL MONTES "El pago", pp. 103-104, y, "Comentario CC-II", p. 228; implícitamente J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO "El cumplimiento de las obligaciones", pp. 294-295.

En relación con esta cuestión y situado en otra perspectiva, J.M.ª MANRESA Y NAVARRO señala que no debe hacerse una interpretación rigurosa del art. 1171.II CC, que lleve a aplicarlo a casos en los que accidentalmente la cosa se encuentra en el momento de nacimiento de la obligación en un lugar que no es donde normalmente está ("habitualmente"). Para este supuesto lo procedente es la aplicación del párrafo tercero del art. 1171 CC ("Comentarios al Código-VIII", p. 282).

145) DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 345; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 204; A. HERNANDEZ GIL "Derecho de obligaciones-I", p. 428.

A propósito del tercer párrafo del art. 1091 PCC 1851, que establecía idéntica regla a la del art. 1171.III CC, GARCIA GOYENA dice que responde a que "los contratos deben interpretarse en favor del deudor, según el art. 1021" PCC 1851 (éste es similar al art. 1288 CC, aunque el art. 1288 CC no añade el inci-

de autores del XIX anteriores al Código civil defendían <sup>(146)</sup>, por otro coincide con el parecer de otros autores de la misma

so que agregaba el art. 1021 PCC 1851: "Cuando esta regla no tuviere aplicación, se interpretará del modo que produzca menos gravámen para el que por la cláusula resulte obligado") ("Concordancias", pp. 586 y 547).

Véase asimismo infra, la nota n.º 147.

146) Hablamos en el texto de cambio parcial, porque en el art. 1171.III CC, el legislador ha optado por reducir los lugares en los que, según un sector de la doctrina del XIX, anterior al Código civil, podía cumplir el deudor. Dicho sector afirmaba que si la obligación nada ha establecido y no se trata de una deuda de "cuerpo cierto", el deudor debe pagar, o en el lugar de su domicilio, o en el lugar en que se celebró el contrato, en el caso de que encontrándose allí, incluso de forma accidental, pueda ser emplazado. La elección corresponde al acreedor. Así: S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 83; F. SANCHEZ ROMAN, quien en nota cita la regla 1.ª del art. 62 LEC de 1881 ("Estudios de Derecho civil-IV", pp. 264-265); sin tantas aclaraciones y matizaciones P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", p. 214 (el texto de estos autores lo reproducimos supra, en nota n.º 142).

Esta alternatividad de lugares --domicilio del deudor/lugar de celebración del contrato si el deudor está allí y es emplazado-- que algunos autores del XIX defienden, reproduce sustancialmente la regla que, tanto la LEC de 1851, como la LEC de 1881, establecen en la determinación de la competencia judicial, cuando se ejercitan "acciones personales". El art. 5.III LEC 1851 y 62.1ª LEC 1881 dicen, que fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, el Juez competente para conocer de las acciones personales es el del lugar de cumplimiento de la obligación; a falta de éste, lo será, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si el demandado, encontrándosele en él, aun de forma accidental, puede emplazarse. El cambio que estas normas procesales sufren para adaptarlas al Derecho civil es, que en lugar de hablar de demandante y demandado, se habla de acreedor y deudor [sobre estos artículos de ambas Leyes de Enjuiciamiento, J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Ley de Enjuiciamiento civil", tomo I, (1856), pp. 11-19, especialmente las pp. 12-15; también pp. 9-10; "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento reformada", (1881), pp. 177-179].

Pensando en el Derecho anterior al Código civil, Q. MUCIUS SCAEVOLA valora positivamente que en la determinación del lugar de pago se tengan presentes a las normas procesales. Dice: "Estas reglas [se refiere al art. 62.1.ª, 2.ª y 4.ª LEC 1881], aunque emanadas de una ley procesal, tienen, en defecto de disposiciones sustantivas, un valor innegable, puesto que hay perfecta armonía entre la indicación del lugar en donde la obligación debe cumplirse y la competencia del Juez ante quien el cumplimiento puede ser reclamado. Pero, como veremos, el art. 1171 ha reformado en parte estas reglas (...)" ("Código civil comentado-XIX", p. 925; véase también la p. 924).

época (147).

Entre los diversos problemas de interpretación que plantea el art. 1171.III CC destaca el de en qué domicilio del deudor piensa. Esto es: ¿el que el deudor tiene en el momento de nacimiento de la obligación? o ¿el que el deudor posee en el momento de cumplimiento? (148). La mayoría de los autores se inclina por el del momento del cumplimiento (149), planteándose alguno de ellos, además, quien debe soportar la carga de los gastos de este cambio de domicilio (150).

147) Estos otros autores del XIX señalan como único lugar de pago, si la obligación nada dice y no es de cuerpo cierto, el del domicilio del deudor: B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos 6 Estudios fundamentales-IV", p. 130; J. ESCRICHE v. Paga "Diccionario-IV", p. 406.

Tanto Gutiérrez como Escriche justifican esta regla del domicilio del deudor en el 'favor debitoris'. Gutiérrez cita además dos sentencias en las que el Tribunal Supremo aplica esta regla; son la de 7 de agosto de 1862, que precisamente se apoya en el art. 5.º LEC (téngase presente la nota inmediata a ésta), y la de 22 de junio de 1865.

148) Evidentemente se trata de una opción del legislador. Así, por ejemplo, mientras el art. 74.2.3. CO suizo dice que "toda otra obligación es ejecutada en el lugar donde el deudor está domiciliado cuando aquélla [la obligación] ha nacido", el art. 1181 CC ital. 1942 preceptúa, en su último párrafo, que "en los otros casos la obligación debe ser cumplida en el domicilio que el deudor tiene al tiempo del vencimiento".

149) BERCOVITZ/VALLADARES "Comentarios Edersa XVI-1.º", p. 916; A. CRISTOBAL MONTES "El pago", pp. 105-106, y, "Comentario CC-II", pp. 229-230; PUENTE MUÑOZ, RDCI, (1968), pp. 936-937.

150) Parece existir consenso en que los gastos los asume el deudor, cuando éste cambia de domicilio estando en mora (MANRESA, BERCOVITZ/VALLADARES, CRISTOBAL) o lo hace de mala fe (BERCOVITZ/VALLADARES, CRISTOBAL). Se discute si puede entenderse que el cambio de domicilio es susceptible de producir, en ciertos casos, una alteración de la "base de la obligación" (a favor BERCOVITZ/VALLADARES; dudándolo CRISTOBAL). Finalmente, algunos entienden que los gastos los asume el deudor por aplicación del art. 1168 CC (MANRESA; PUENTE MUÑOZ).

Véanse: BERCOVITZ/VALLADARES "Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 196-197; A. CRISTOBAL MONTES "El pago", pp. 105-106, y, "Comentario CC-II", pp. 229-230; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 204; F. CLEMENTE DE DIEGO "Derecho civil es-



[43].- Podemos concluir tras lo expuesto que, a efectos de la determinación del lugar de pago, también es relevante la clasificación, obligación específica y genérica. Entre ambas existe un régimen diferente, en cuya justificación, aparte de otras posibles razones, ha influido la estructura de cada uno de estos modelos obligacionales.

El que en la obligación específica el Código civil haya elegido como lugar de pago, el lugar en que la cosa está cuando la obligación nace, es algo que entra dentro de lo posible, en cuanto que por estar determinada la cosa debida, puede inicialmente conocerse el lugar en que se encuentra y quedar concretada esta circunstancia del cumplimiento de la obligación. Incluso, además, con relativa frecuencia, la localización espacial contribuye a determinar el objeto en la obligación específica.

En la obligación genérica, como el deudor cumple entregando cualquier cosa que pertenezca al género debido, es lógico que en el momento del nacimiento de la obligación no pueda determinarse dónde están las cosas que el deudor entregará. Aunque éste tenga el propósito de cumplir con objetos que se en-

---

pañol-IV", (1919), pp. 39-40; J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al CC-VIII", p. 283; PUENTE MUÑOZ, RCDI, (1968) pp. 936-937.

De todas formas, parece que el art. 1171.III CC sólo está pensando en el supuesto en que el domicilio del deudor sea el mismo en el momento de constitución de la obligación y en el momento de su cumplimiento, aunque una interpretación literal dé lugar a los problemas que acabamos de reseñar.

cuentran en un determinado lugar, ello es algo irrelevante, pues puede cambiar de opinión y obtenerlos en lugar distinto.

En todo caso no se olvide que estas dos diferentes reglas comienzan a funcionar, cuando la obligación nada ha indicado sobre el lugar de pago (art. 1171.I CC).

#### 4.7. Ambito de aplicación de la imputación de pagos: art. 1172 párrafo I CC.

[44].- El art. 1171.I CC (<sup>151</sup>), al tiempo que señala la primera de las reglas aplicables a la imputación de pagos (<sup>152</sup>), indica cuando ésta procede. Entre los elementos necesarios para que surja un problema de imputación de pagos nos interesa el que podemos denominar elemento objetivo: que las distintas deudas sean de la misma "especie".

De acuerdo a la doctrina, este requisito se traduce en que la imputación de pagos no es posible entre obligaciones especí-

<sup>151</sup>) El art. 1189 APCC 82-88 es el antecedente de este art. 1172 CC. Ambos tienen idéntica redacción en su párrafo primero, que es el que nos interesa, mientras que en el segundo, sí hay variación [sobre este cambio y su significado, R. BERCOVITZ "La imputación de pagos", (1973)]. Según el APCC 82-88, publicado por PEÑA, ese art. 1189 se basó en el art. 1104 PCC 1851 ("Anteproyecto", p. 375). Sin embargo, a nuestro parecer, dicho art. 1189 APCC parece contar en su redacción con mayor influencia del art. 1255 CC ital. 1865 ("El que tenga varias deudas de la misma especie podrá declarar cuando pague cuál es la deuda que quiere satisfacer"), que del PCC 1851.

La única particularidad del PCC 1836 es que los dos párrafos de que se compone este art. 1172 CC, aparecen desdoblados en dos diferentes artículos: los 1903 y 1905 PCC 1836 (LASSO "Codificación civil", p. 276).

--- Son equivalentes a este art. 1172 CC: art. 1253 C.c. francés; art. 1253 C.c. belga; art. 1244 CC ital. 1865, transcrito antes; art. 1193 CC ital. 1942; art. 86 CO suizo.

<sup>152</sup>) Sobre esta figura puede consultarse, con carácter general, E. BORRAJO DACRUZ "La imputación del pago. (Estudio histórico crítico)", RDN, (1955), pp. 151-291; R. BERCOVITZ "La imputación de pagos", (1973).

ficas. En cambio, procede entre obligaciones genéricas siempre que sean del mismo género. Adviértase que interpretando literalmente el art. 1171.I CC éste tan solo señala que las deudas deben ser del mismo género ("especie").

La doctrina también suele aclarar cómo lo más frecuente es que la imputación de pagos opere en un determinado tipo de obligaciones genéricas: esto es, en las pecuniarias (153). De lo cual se deduce su menor relevancia entre obligaciones genéricas no pecuniarias (154).

153) E. BORRAJO DACRUZ, RDN, (1955), pp. 153-154 y 239-240; A. HERNANDEZ GIL "Derecho de obligaciones-I", p. 421; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 387; apoyándose en Beltran de Heredia y Díez-Picazo, RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 212; A. CRISTOBAL MONTES "El pago", pp. 132-133; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 185; R. BERCOVITZ "La imputación de pagos", (1973), pp. 62-64; y "Comentario CC-II", pp. 230-231; reitera esta opinión en el comentario que junto con E. VALLADARES hace al art. 1172 CC en "Comentarios Edersa XVI-1.º", p. 202. Parece que lo admite implícitamente J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código civil-III", pp. 287-288.

154) Un ejemplo del problema de imputación de pagos entre deudas genéricas no pecuniarias, no exento de dudas, puede ofrecerlo el contrato de suministro. No exento de dudas por lo siguiente:

a) Para que nazca un problema de imputación de pagos se requiere la existencia de varias deudas.

b) Por carecer el contrato de suministro de una concreta regulación, no está doctrinalmente claro cuál es su naturaleza jurídica. Suele entenderse que se trata de un contrato por el cual una parte se obliga a entregar con carácter periódico una determinada cantidad de bienes muebles, según las necesidades de la otra parte, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente [VICENT CHULIA "Compendio crítico de Derecho mercantil-II", 2.ª ed, pp. 169-172; STS 30 de noviembre de 1984, CL n.º 693].

Al ser un contrato que impone al suministrador la obligación de realizar entregas sucesivas en el tiempo, parece difícil entender que esas sucesivas entregas constituyan deudas diferentes, si se sigue la orientación jurisprudencial que considera deudas diferentes sólo a las que cuentan con un origen independiente. Pero, tampoco puede ser descartado lo contrario. En este sentido, R. BERCOVITZ defiende, por ejemplo, que puede hablarse de la existencia de distintas deudas en el contrato de arrendamiento, cuando el arrendatario no paga varios vencimientos de la renta ["La imputación de pagos", (1973), pp. 68-94, especialmente las pp. 88-94; insiste con VALLADARES en "Comen-

Es curioso comprobar que esta afirmación doctrinal (la imputación de pagos sólo es posible entre obligaciones genéricas) no se encuentra entre los autores del XIX anteriores al Código civil. Su preocupación fundamental consiste en exponer las diferentes reglas a través de las cuales se concreta la deuda a la que se imputa el pago realizado por el deudor, que básicamente son las que el Código civil recoge en sus arts. 1172 a 1174 (155). En nuestra opinión, la más probable justificación de esa actitud de la doctrina del XIX anterior al Código civil se halla en que no considera necesario aclarar tal requisito objetivo, por presuponer que la imputación de pagos sólo tiene razón de ser entre obligaciones genéricas y no entre las específicas.

---

tarios Edersa XVI-1.º", pp. 203-208]. Esta opinión podemos trasladarla al contrato de suministro. De todas formas, es un tema que tan sólo apuntamos. Piénsese en el problema de la determinación de la cuantía de las deudas en el contrato de suministro; puesto que, aunque normalmente habrá al respecto una cláusula contractual expresa, hay un margen en la cuantía de las entregas, dependiendo de las necesidades del suministrado según criterios objetivos, no fácil de precisar; que lo frecuente será que el suministrado, ante la no entrega, acuda al mercado para obtener los bienes que necesita, careciendo el posterior ofrecimiento de pago del suministrador de interés para el suministrado; etc.

155) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 131-133; P. GOMEZ DE LA SERNA /J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", pp. 214-215; J. ESCRICHE v. Pago "Diccionario-IV", p. 407; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 86-87; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", pp. 267-269. Véase la P. 5.14.10.

Tampoco GARCIA GOYENA, cuando comenta el art. 1104 PCC 1851, antecedente del art. 1172 CC, alude al necesario carácter genérico de las obligaciones ("Concordancias", p. 592); e igualmente Q. MUCIUS SCAEVOLA, vigente el Código civil, no alude a las obligaciones entre las que opera la imputación de pagos ("Código civil comentado-XIX", pp. 941-947).

En el funcionamiento de la imputación de pagos se reproduce, de nuevo, la idea presente a lo largo de toda esta exposición: la peculiar estructura que cada uno de estos tipos obligacionales posee. La manera con la que la obligación específica determina el objeto debido --impone la entrega de la cosa pactada y no la de otra cosa (156)-- impide que pueda surgir un problema de imputación de pagos; que cuando el deudor ejecuta su prestación no se sepa cuál de sus deudas se extingue. La identificación del objeto por la obligación específica imprime a éste tal individualidad, que entregada la cosa por el deudor, inmediatamente se sabe cual es la deuda que se satisface.

Por el contrario, la determinación del objeto en la obligación genérica sí da pie a que se plantee dicho problema. Si en este tipo de obligación se cumple entregando cualquier objeto del género (157) y si existen varias deudas genéricas de la misma "especie", esa indiferencia del concreto objeto, a efectos del pago, provoca el tener que determinar cuál es la deuda que se extingue (158).

La identificación de la deuda que se está pagando tiene importancia. En las obligaciones genéricas, el funcionamiento de la imputación de pagos puede ofrecer alguna particularidad. Aunque a efectos del pago el objeto de todas ellas pueda consi-

---

156) Recuérdese supra, n.ºm. 2 y 35.

157) Recuérdese supra, n.ºm. 3 y 36.

158) Esta argumentación es dada por la doctrina cuando señala que la imputación de pagos no opera entre obligaciones específicas, sino entre genéricas. Para las citas, supra, nota n.º 153, con la excepción de RIVERO.

derarse "de una misma especie", cada una de ellas puede tener otros elementos, que desde la perspectiva económico-jurídica, las diferencia. Por ejemplo, no es lo mismo que una deuda genere intereses y otra no; que una deuda cuente con varias garantías reales y otra con una garantía personal; o que el cumplimiento de una obligación esté garantizado y el de la otra no; etc.

#### 4.8. El problema del riesgo de la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa: art. 1182 CC.

[45].- Es en la cuestión de si el deudor o el acreedor asume el riesgo de la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa, en donde tradicionalmente se destaca el distinto régimen existente entre la obligación específica y la genérica (159).

El art. 1182 CC (160), que no implica ninguna innovación en relación con la doctrina del XIX anterior al Código civil

159) Recuérdese las notas dadas sobre la obligación genérica en la historia, en donde suele aludirse al problema de la pérdida sobrevenida y fortuita de parte del género (n.ºm. 7 y ss).

160) Son antecedentes el art. 1199 APCC 82-88 y el art. 1160.I PCC 1851 (PEÑA, "Anteproyecto", pp. 375-376).

Hemos de aclarar que, pese a que el art. 1182 CC y el 1160 PCC 1851 establecen la misma regla para el supuesto de pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa --el riesgo es del acreedor-- es de sobra conocido, que la justificación de esta imputación de riesgos es distinta:

a) El PCC 1851, que cuenta con una clara influencia francesa (F. DE CASTRO "Derecho civil de España-I", pp. 191-192), acogió el sistema de transmisión de la propiedad por consentimiento (cfr. arts. 548 y 981 PCC 1851). A efectos de riesgos ese sistema de transmisión de la propiedad se traduce en que el "acreedor" de la cosa asume su pérdida (cfr. art. 1006 PCC 1851) porque es el propietario del bien; y no se discute que la pérdida fortuita de la cosa la afronta su dueño.

b) En cambio, el CC acoge el tradicional sistema transmissivo de la propiedad y demás derechos reales del Derecho español: el del título y modo (cfr. arts. 609 y 1095 CC). En este sistema transmissivo, el que el deudor no responda de los casos fortuitos es una opción que el legislador toma, en el sentido

(161), impone la extinción de la obligación de dar "cosa determinada" si ésta se pierde o destruye (162), sin culpa del deudor y antes de que éste se haya constituido en mora (163). En

de atribuir el riesgo de una pérdida sobrevenida al acreedor (cuya causa puede ser la Historia, etc).

También el PCC 1836 imputa el riesgo de pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa al acreedor (art. 1987; LASSO "Codificación civil", p. 282); y el sistema de transmisión, que de la propiedad acoge, es el del título y modo (arts. 697, 698, 706 y 707; LASSO, op. cit., pp. 189-190).

--- Son similares a este art. 1182 CC: art. 1302.I C.c. francés; art. 1302.I C.c. belga; art. 1298.I CC ital. 1865; art. 1256 CC ital. 1942; art. 119.1 CO suizo.

161) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos 6 Estudios fundamentales-IV", pp. 170-172; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", pp. 221-222; J. ESCRICHE v. Pérdida "Diccionario-IV", p. 568; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 119-120; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", pp. 442-443.

Véanse las P. 5.11.18 y 5.14.9.

162) Para interpretar el art. 1182 CC la doctrina acude al art. 1122.2ª, párrafo segundo, CC: "Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar". Aunque este párrafo está situado en las obligaciones condicionales, no establece un concepto de pérdida de la cosa peculiar sólo a estas obligaciones. También se incluyen como supuestos, el de la expropiación de la cosa y determinados casos de deterioros del objeto (DELGADO ECHEVERRIA en Lacruz y otros "Elementos II-1.ª", pp. 256-257; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 650-651).

163) Esta última afirmación del art. 1182 CC --"y antes de haberse éste [el deudor] constituido en mora"-- implica coordinar esta sección, "De la pérdida de la cosa debida", con lo que señala el art. 1096.III CC: "Si el obligado se constituye en mora (...), serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega". Y de hecho el siguiente artículo (1183) se remite a ese art. 1096 CC.

Pese a la afirmación legal de que el deudor moroso asume la pérdida de la cosa por caso fortuito, algunos autores han matizado el alcance de esta regla. En este sentido se aclara que si la pérdida de la cosa en poder del deudor (moroso) por caso fortuito, hubiera igualmente sucedido si la cosa hubiera estado en manos del acreedor, aquel deudor también se libera. En su apoyo está el art. 1896.II CC, que así lo preceptúa en el cobro de lo indebido; entre otros: DELGADO ECHEVERRIA en Lacruz y otros "Elementos II-1.ª", p. 244; ALBALADEJO "Derecho civil II-1.ª", pp. 202-203; citando a Albaladejo DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 207; por esta solución parece inclinarse A. MARTIN PEREZ "Comentarios Edersa XV-1.ª", pp. 291-293.

otras palabras, en la obligación específica el riesgo de la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa lo soporta el acreedor.

No obstante esto, la carga de probar dicha pérdida corresponde al deudor. El Código civil presume que aquélla tiene por causa un comportamiento culpable de éste (cfr. art. 1183 CC).

---

Hemos de apuntar que la doctrina del XIX anterior al Código civil sostenía, que el deudor moroso se libera, si la pérdida de la cosa por caso fortuito hubiera igualmente ocurrido estando en poder del acreedor: B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos 6 Estudios fundamentales-IV", p. 171; J. ESCRICHE v. Obligación de dar "Diccionario-IV", p. 302; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 120; F. SANCHEZ ROMAN quien afirma "es opinión doctrinal bastante generalizada" (lo subrayado es del autor; "Estudios de Derecho civil-IV", p. 443).

Parece que esta opinión de la doctrina del XIX no fue recogida conscientemente por el Código civil, con la excepción del art. 1896.II en el cobro de lo indebido. Ya no aparece en el art. 1199 APCC 82-88, antecedente inmediato de este art. 1182 CC, y sin embargo, el PCC 1851 --tan importante para la redacción de este APCC 82-88 [Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888: "El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio (...)]-- sí lo recogía. En concreto en el apartado IV del art. 1160 PCC 1851 se dice: "Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si le hubiere hecho su entrega; (...)". GARCIA GOYENA señala en sus "Concordancias", que "este apartado se funda en que por la mora del deudor su obligación primitiva se convierte en la de resarcir daños y perjuicios, y no los sufre el acreedor cuando la cosa habría perecido igualmente en su poder, si le hubiere sido entregada" (p. 616).

En cuanto al PCC 1836, éste tan solo señala que si el deudor está en mora también responde de la pérdida de la cosa por caso fortuito (arts. 1988 y 1007; LASSO "Codificación civil", p. 273). Se aprecia una mayor cercanía del CC al PCC 1836, que al PCC 1851.

--- Expresamente cuentan con esta regla el C.c. francés (art. 1302.II); el C.c. belga (art. 1302.II); el CC ital. 1865 (art. 1298.II); y CO suizo (art. 103.2).



[46].- En oposición a la obligación específica, la doctrina señala que es otra la regla que funciona en la obligación genérica. En ésta, si las cosas con las que el deudor pensaba cumplir perecen por caso fortuito, no se extingue la obligación; y precisamente por continuar obligado, el deudor debe volver a seleccionar cosas del género a efectos del pago. Es por esto por lo que algunos autores afirman que el riesgo de la pérdida sobrevinida y fortuita de la cosa pertenece, en la obligación genérica, al deudor.

El aforismo 'genus nunquam perit' refleja gráficamente esa regla, cuyo límite aparece en el momento en que la obligación genérica se especifica (164). A partir de entonces, comienza la aplicación de la regla propia a las obligaciones específicas que, como ya sabemos, consiste en la atribución del riesgo al acreedor, como consecuencia de la extinción de la obligación (165). El apoyo legal de la regla 'genus nunquam perit' se encuentra en una interpretación a 'sensu contrario' del art. 1182 CC (166).

---

164) Sobre la especificación infra, n.ºm. 67 y ss.

165) J.M.ª. MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código civil español-VIII", pp. 319-323; Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", pp. 971-973; A. HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", pp. 136-138; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 156; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 169 y 405; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 95-96; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Obligaciones I-II", pp. 219-220 y 362-363.

Estos autores precisan asimismo que en la obligación de género limitado, si todas las cosas perecen por caso fortuito, el deudor se libera CASTAN/GARCIA CANTERO, op. cit., pp. 172 y 405; DIEZ-PICAZO/GULLON, op. cit., p. 157; para el resto de los autores las mismas citas, a excepción de Q. MUCIUS SCAEVOLA; cfr. nota n.º 1.

166) Q. MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado-XIX", pp. 965 y 973; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 297; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 156; CASTAN/GARCIA

Tampoco esta regla de atribución de riesgo en la obligación genérica supone innovación alguna en relación a lo que la doctrina del XIX anterior al Código civil sostenía (167).

Y, de nuevo, la justificación de la diferencia de régimen entre la obligación específica y la genérica reside en la estructura que posee cada uno de estos tipos de obligación.

Si en la obligación específica el deudor sólo cumple con el objeto que se determinó, y no con otro, por muy similar que sea al debido (168), la desaparición del objeto que estaba en

---

CANTERO "Derecho civil español-III", p. 169.

Esta interpretación a 'sensu contrario' es fuertemente contestada por diversos autores. En este sentido:

a) CAFFARENA, quien afirma que: "En mi opinión no cabe deducir otra cosa del art. 1182 del Código civil, ni siquiera a 'sensu contrario' como algunos pretenden. Lo único que se deduce del precepto es que no se refiere a la obligación genérica, pero nada más. No creemos que las reglas de la lógica lleve a deducir del texto que la obligación genérica no se extingue por la pérdida de la cosa, ¿de qué cosa?, ni que en este tipo de obligación no cabe que se dé una imposibilidad sobrevenida de la prestación" [ADC, (1982), p. 323, nota n.º 96].

b) DELGADO ECHEVERRÍA señala que "del art. 1182 sólo se infiere, a contrario, que, mediando culpa, la obligación no se extingue" (en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", p. 259).

c) PANTALEÓN, a propósito de este art. 1182 CC, dice que "La única lectura a contrario del art. 1182 CC que me parece razonable es la de que, en caso de que la cosa debida se pierda por culpa del deudor, éste no quedará liberado (v. art. 1184 CC), pese a la natural extinción de la obligación originaria" [lo subrayado es del autor; ADC, (1991), p. 1021].

167) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 172-174; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", p. 222; J. ESCRICHE v. Pérdida "Diccionario-IV", p. 568; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 120-121; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", p. 444. De entre ellos, Gutiérrez y del Viso exponen en epígrafes separados qué regla opera en materia de riesgos en la obligación específica y qué otra en la genérica.

Además, mientras Gutiérrez, Escriche y del Viso, justifican la regla de las obligaciones genéricas, bien en la máxima del 'genus nunquam perit', bien en que las cosas perecen para su propietario (caso del mutuo), Gómez de la Serna/Montalban y Sánchez Román sólo aluden a aquella máxima.

168) Recuérdese supra, n.ºm. 35.

la obligación implica, por la propia naturaleza de las cosas, la imposibilidad de cumplir 'in natura'. No sucede esto en la obligación genérica. Si ésta impone la entrega de cualquier cosa que pertenezca al género determinado por las partes, la desaparición de las concretas cosas con que el deudor pensaba cumplir no se traduce en la imposibilidad de pagar 'in natura', pues siguen existiendo objetos pertenecientes al género.

[47].- No obstante lo hasta ahora expuesto, es interesante traer a colación las reflexiones que Caffarena ha desarrollado a propósito de los posibles significados del aforismo 'genus nunquam perit'. Este autor señala cómo dicha máxima tiene jurídicamente un significado equívoco, en cuanto que, al menos, puede querer decir dos cosas diferentes (169).

Un primer significado consiste en resaltar un hecho de la naturaleza: la posibilidad de seguir cumpliendo la obligación genérica, cuando materialmente siguen existiendo cosas del género. Nótese, que, en el fondo, este primer contenido no implica, por sí mismo, que haya un régimen diferente para la obligación específica y para la genérica. Destaca tan solo la menor probabilidad existente en la obligación genérica, frente a la específica, de que surja un supuesto de imposibilidad sobrevenida. Esto es, que es más difícil que perezcan todas las cosas del género, que el que desaparezca la única cosa con que puede cumplirse la obligación específica.

---

169) CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982), p. 293.

A este primer significado es al que alude la mayoría de nuestra doctrina cuando expone la regla 'genus nunquam perit' (170), y es también el que acabamos de desarrollar en el número marginal inmediatamente anterior (el 46).

Pero donde efectivamente se comprueba si el régimen de la obligación específica y el de la genérica son diferentes es en la respuesta que se dé al problema del riesgo, cuando todas las cosas del género pactado desaparecen: ¿qué patrimonio --el del deudor o el del acreedor-- soporta esta pérdida? Entramos con esta cuestión en el segundo posible significado de la regla 'genus nunquam perit', señalado por Caffarena: el de constituir regla de atribución de riesgos.

Si se sostiene que desaparecidas todas las cosas del género la obligación genérica se extingue, esto significa que el riesgo de pérdida sobrevenida lo soporta el acreedor, como ocurre en la obligación específica, por expresa disposición del art. 1182 CC. Admitiendo esta opinión, la obligación específica y la genérica tendrían idéntico régimen jurídico de atribución de riesgos.

Si, por el contrario, se mantiene que el deudor asume el riesgo de la pérdida de todas las cosas del género, se está admitiendo que hay un distinto régimen entre la obligación gené-

---

170) Así lo resalta CAFFARENA LAPORTA, quien señala además la incorrección de que, empleando el aforismo 'genus nunquam perit' con este contenido, se afirme que el riesgo de pérdida sobrevenida es, en la obligación genérica, del deudor. Para que pueda establecerse una regla de riesgo es preciso que haya una imposibilidad de cumplir 'in natura', lo que no ocurre, cuando el caso de que se parte es que todavía existen cosas que pertenecen al género determinado en la obligación [ADC, (1982), pp. 293- 295; también las pp. 344-345, referidas a la compraventa genérica].

rica y la específica, en cuanto al reparto del riesgo de la imposibilidad sobrevenida y fortuita. El aforismo 'genus nunquam perit' funciona, en esta segunda opinión, como regla de atribución de riesgos.

En nuestra doctrina pocos han sido los autores que se hayan planteado directamente qué sucede con la obligación genérica cuando todas las cosas del género perecen (171). Pero dentro de estos pocos autores, la mayoría es partidaria de la primera opción: desaparecidas todas las cosas del género por caso fortuito la obligación del deudor se extingue (172).

La excepción en este panorama es Caffarena. Este autor defiende que en determinados casos el deudor asume el riesgo de la pérdida fortuita del género. En este sentido y apoyándose en la doctrina del enriquecimiento sin causa y en la aplicación analógica del art. 312 CCO, afirma que, desaparecido todo el género, el mutuuario entregará el equivalente pecuniario de lo que debía reintegrar (173). Lo mismo ocurre con el gravado con

171) Recuérdese que ya se lo planteó A. Gómez, *supra*, n.ºm. 9.

172) F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), pp. 654-655; M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.ª", pp. 51-52; en relación a la compraventa A. COSSIO, ADC, (1953), p. 615.

Curiosamente, en el comentario al párrafo segundo del art.1096 --y no en el del art. 1182 CC-- es cuando Q. MUCIUS SCAEVOLA señala que perecidas todas las cosas del género la obligación del deudor se extingue ("Código civil comentado-XIX", pp. 421-422).

173) CAFFARENA destaca que las reglas especiales del Código civil sobre el mutuo no preven cuáles son las consecuencias jurídicas para el caso de que todas las cosas del género desaparezcan. Este hecho llama la atención, tanto si se acude a los anteriores Proyectos de CC (1836 y 1851), cuanto al Derecho comparado.

a) Sobre los antecedentes del CC, CAFFARENA dice, que el art. 1647 PCC 1851 indica, que si es imposible que el deudor entregue otro tanto de la misma especie y calidad dará su precio. Según este autor, ese artículo, aunque no está muy claro, parece pensar tan sólo en el caso de que la pérdida fortuita de

un legado genérico, por aplicación analógica del art. 861 CC (174). En cambio, en la compraventa genérica, la asunción del

la cosa haya tenido lugar estando ya el deudor en mora (a lo más, podría interpretarse que se extiende al mero retraso). No regula, pues, el caso de la pérdida anterior al momento del cumplimiento.

En cambio, el art. 1342 del PCC 1836 sí parece prever el caso de la pérdida fortuita de todo el género antes del momento del pago, y señala que el prestatario se liberará entregando el valor equivalente.

b) Por lo que respecta al Derecho comparado, el C.c. francés (cfr. art. 1903) contempla el caso de la imposibilidad de devolver otro tanto del mismo género y preceptúa que el prestamista dará su equivalente. CAFFARENA dice que la doctrina francesa no ha dedicado especial atención a este artículo, aunque la mayoría lo conecta con la imposibilidad sobrevenida absoluta.

Frente a esto, contrasta la doctrina italiana que ha dedicado un análisis más minucioso al art. 1818 CC ital. 1942 (similar al 1903 francés), y sobre el que aquella señala que no se aplica a los casos de 'mora debitoris'.

Con estos datos, CAFFARENA pasa a plantearse la cuestión de si en nuestro Derecho la obligación del mutuuario se extingue o no, cuando desaparece todo el género antes del momento del cumplimiento. A su parecer, la obligación no desaparece y se transforma en una de carácter pecuniario. Para esta respuesta, varios son los argumentos que maneja, y entre éstos, resalta el de que con ello se evita un enriquecimiento injustificado del mutuuario. Fijándose en las atribuciones patrimoniales que el mutuo implica, CAFFARENA destaca que se producen dos atribuciones patrimoniales, que poseen un carácter conmutativo: la del prestamista al prestatario y la del prestatario al prestamista. Esta conmutatividad implica un equilibrio patrimonial, el cual se rompería, si producida la pérdida sobrevenida del género, se extinguiera la obligación del prestatario. En cambio, dicho equilibrio se mantendría, si se defiende la no extinción de la obligación del deudor.

Además de la doctrina del enriquecimiento sin causa, CAFFARENA considera que otro apoyo a su opinión lo ofrece el art. 312 CCO, cuyo tercer apartado dice que si el género ("especie") se hubiera extinguido, el deudor entregará el "equivalente en metálico". Si bien este artículo se aplica al préstamo mercantil, no hay razón que impida su aplicación (por analogía) al préstamo civil y más bien parece que su causa fue "un deseo de economizar preceptos". También el art. 482 CC es otro posible apoyo a la solución de la no extinción de la obligación del deudor.

J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982), pp. 310-329.

174) Este art. 861 CC dice que el legado de cosa ajena es válido si el testador lo sabía al legarla, y en el caso de que el heredero no pueda adquirirla, dará su justa estimación. El párrafo tercero del art. 869 CC señala que el legado carece de efectos, si la cosa perece sin culpa del heredero, entendiéndose algunos autores que dicho art. 869.3.º no se aplica cuando el

riesgo por el deudor significa que el vendedor pierde el derecho a exigir al comprador el precio de la cosa; así lo dispone el art. 1452.III CC (175).

Por el contrario, Caffarena defiende que en la donación genérica, quien asume el riesgo de la imposibilidad sobrevenida y fortuita del género es el acreedor (176).

---

gravado con el legado de cosa ajena aún no la ha adquirido.

Según CAFFARENA no hay inconveniente en que este régimen del legado de cosa ajena (art. 861) se aplique analógicamente al legado genérico, con la salvedad del legado genérico de cosas que pertenecen al testador. Las justificaciones dadas al art. 861 --respeto a la voluntad del testador que persigue, más que la entrega de la cosa en sí misma, la entrega de su valor; respeto al equilibrio patrimonial que el testador ha querido entre el gravado y el legatario; etc-- se dan también en el legado genérico. Y, por otro lado, CAFFARENA afirma que es claro que ninguno de los tres apartados del art. 869 (que señalan los casos en que el legado no tiene efectos) se refiere al legado genérico.

CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982), pp. 331-334.

175) CAFFARENA comienza recordando, que la mayoría de la doctrina española y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo han entendido que el art. 1452.III CC tiene por supuesto de hecho a la compraventa genérica, y que discrepa con esa postura Cossio, para quien el art. 1452.III CC contempla la compraventa específica con precio 'ad mensuran', y no, la compraventa genérica. CAFFARENA entiende que el art. 1452.III CC incluye, tanto el supuesto de la compraventa genérica, cuanto el de la compraventa específica con precio 'ad mensuran', lo cual cuenta, entre otras cosas, con el apoyo del comentario de García Goyena al art. 1374.III PCC 1851, de redacción similar al actual art. 1452.III CC.

Según dicho art. 1452.III CC, el riesgo se imputa al comprador desde el momento en que las "cosas fungibles" son pesadas, contadas o medidas. De esto se deduce que en el período anterior a la operación de medición de las cosas, el riesgo es del vendedor, lo cual se traduce, señala CAFFARENA, que al tratarse de una obligación sinalagmática, el vendedor pierde la cosa y el precio.

J. CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982), pp. 334-349. Para la obligación de género limitado las pp. 353-354.

176) CAFFARENA LAPORTA, ADC, (1982), pp. 329-331.

[48].- Lo que a nosotros nos interesa de esta exposición es determinar en que medida influye el carácter específico o genérico de la obligación en la distribución del riesgo de pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa, y en consecuencia:

a) En los casos en que no perezcan todos los objetos del género, los más normales según destaca el primer sentido de la regla 'genus nunquam perit' (menor probabilidad de que suceda una pérdida fortuita), el que la obligación sea genérica y no específica, es un hecho relevante desde la perspectiva jurídica, pero, sobre todo, desde la económica.

La obligación genérica supone para el deudor mayor carga en el cumplimiento, que la específica. Mientras en esta última la pérdida sobrevenida de la cosa le libera, en la genérica no ocurre así. Que el deudor tuviera en su patrimonio cosas del género con las que pensaba cumplir su obligación y que éstas perecieran por caso fortuito son hechos que no interesan al Derecho. Este sigue imponiéndole el deber de procurarse cosas del género a efectos del pago, aunque fuera muy costoso el volver a conseguirlas (177).

b) Cuando perece todo el género, poder hablar de un distinto régimen en materia de atribución de riesgos entre la obligación específica y la genérica depende de cómo se construya en este último tipo de obligación.

Si entendemos que en tal caso la obligación genérica se extingue, el régimen de uno y otro modelo de obligación para el

---

177) Con el límite de la alteración de la base del negocio.



caso de la pérdida sobrevenida por caso fortuito es idéntico. Si, en cambio, sostenemos que en la obligación genérica el riesgo es del deudor, esta regla sí es diferente de la aplicable a la obligación específica, en la que, cuando se hace imposible el cumplimiento, el riesgo es del acreedor (art. 1182 CC).

El legislador español no ha previsto una regla general para la pérdida sobrevenida y fortuita del género. Ante esto, la doctrina es la que ha tenido que dar la respuesta, y en este caso no le ayuda la naturaleza de la obligación genérica. Es decir, la estructura de esta obligación no impone, sólo por sí misma, la solución de imputar el riesgo al acreedor o al deudor. La determinación de una u otra posibilidad es una opción del legislador en la que debe tenerse en cuenta los intereses en conflicto, y que el nuestro no ha realizado. Pero, además, como acabamos de exponer, tampoco la doctrina se ha preocupado especialmente del tema.

Aquellos autores que defienden que la obligación genérica se extingue parece que en sus razonamientos sólo tienen presente la regla que el art. 1182 CC establece para la obligación específica. No prestan atención al título por el cual surgió la obligación genérica. Frente a esto, Caffarena aporta un replanteamiento de la cuestión, teniendo en cuenta el tipo de relación en la que se inserta la obligación genérica (unilateral restitutoria y no restitutoria; bilateral).

En definitiva, se trata de un tema todavía abierto, en el cual es conveniente no olvidar, que suele admitirse que la obligación genérica impone una vinculación más gravosa que la obligación específica.

4.9. El problema de la homogeneidad entre las deudas compensables: art. 1196.2º CC.

[49].- Entre los requisitos necesarios para que haya lugar a la compensación legal (178), el n.º 2 del art. 1196 CC (179) exige que "ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie, si ésta se hubiere designado". Se trata de la exigencia de la homogeneidad entre las deudas compensables.

Según López Vilas, sólo las obligaciones genéricas --de la misma "especie" y "calidad"-- pueden ser objeto de compensación. Estas claramente cumplen el requisito de la homogeneidad. No son compensables, en cambio, las obligaciones específicas

---

178) Además de la compensación legal, existe la compensación convencional, la facultativa y la judicial. La que el Código civil regula en los arts. 1195 a 1202 CC es la legal: M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", pp. 334-335; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 420-422; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 195; LOPEZ VILAS "Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 493-499; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 418 y 429-430.

179) El art. 1213 APCC 82-88 es el antecedente de este art. 1196 CC, cuyo n.º 2 exigía: "que la cosa debida por uno de los obligados pueda serle dada en pago de su propio crédito".

De acuerdo al APCC 82-88 publicado por PEÑA ese art. 1213 se inspiró en los arts. 1124 y 1125 PCC 1851, en el art. 1293 del Anteproyecto belga de F. Laurent, y en el art. 822 del Código argentino ("Anteproyecto" p. 379). El requisito de la homogeneidad entre deudas procede del art. 1124 PCC 1851.

En el PCC 1836 está el art. 1933 que dice: "Para que dos deudas se compensen, es necesario que una y otra consistan en dinero o en cosas fungibles de la misma clase y calidad". Véase también el art. 1935 PCC 1836 (LASSO "Codificación civil" p. 278).

--- Son similares a este art. 1196.2º CC, los siguientes preceptos de otros Códigos: art. 1291.I C.c francés; art. 1291.I C.c belga; art. 1287.I CC ital. 1865; art. 1243.I CC ital. 1942; art. 120.1 CO suizo.

(180).

Tal opinión doctrinal nos parece correcta. Nos encontramos así con otro aspecto diferencial --el último que exponemos-- entre el régimen de la obligación específica y el de la genérica. Hemos de aclarar que la afirmación de que sólo las obligaciones genéricas son compensables no resulta de una interpretación literal del art. 1196.2º CC. La redacción de este precepto no es totalmente clara. En él aparece esa expresión "cosas fungibles", a la que hay que buscar significado, lo cual no está exento de dificultades. La cuestión es, si el legislador la emplea como sinónimo de: 1. cosa consumible; 2. cosa sustituible de acuerdo a un criterio objetivo; 3. cosa objeto de obligación genérica (sustituibilidad según un criterio subjetivo) (181). Adoptar uno u otro contenido conlleva diferentes consecuencias. En concreto, determina la posibilidad de admitir o no que la compensación legal pueda operar entre obligaciones específicas, lo cual podrá marcar una nueva diferencia entre éstas y las genéricas (182).

180) LOPEZ VILAS "Comentarios Edersa XVI-1.º", pp. 515-516.

Curiosamente, en los manuales no suele destacarse claramente que la homogeneidad entre deudas sólo tiene lugar entre obligaciones genéricas, y no entre específicas. Señalan el requisito del art. 1196.2º CC, haciendo ciertas aclaraciones para las obligaciones pecuniarias: DIEZ-PICAZO/GULLÓN "Sistema-II", p. 192; M. ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", pp. 331-332; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 418-419; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 423; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil I-II", p. 379.

181) Recuérdese supra, n.ºm 25 y 26.

182) M.ª R. VALPUESTA FERNANDEZ parece entender, en principio, que cosa fungible es sinónimo de obligación genérica, puesto que ésta tiene por objeto cosas sustituibles. Pero a continuación señala, que también las cosas sustituibles pueden ser objeto de una obligación específica, no aclarando si entre ellas procede la compensación. Dice así: "en este artículo se identifica fungibilidad con cosas genéricas, pues éstas son por

A nuestro entender --acabamos de apuntarlo-- el art. 1196.2º CC emplea las palabras cosas fungibles con el significado de cosas objeto de una obligación genérica. Esta afirmación la apoyamos básicamente en una argumentación de tipo histórico: la opinión de la doctrina española del XIX, anterior al Código civil, y la de la doctrina francesa de esa época. Asimismo, dicha afirmación se sustenta en el fundamento que justifica la existencia de la compensación.

[50].- Apoyándose en las Partidas (P. 5.14.21), la doctrina española del XIX, anterior al Código civil, hace una serie de afirmaciones, a propósito de la compensación:

a) Suele comenzar la exposición del requisito de la homogeneidad entre deudas compensables, señalando la necesidad de que éstas consistan, bien en una cantidad de dinero, bien en cosas fungibles de la misma especie (183).

---

su propia naturaleza homogéneas y sustituibles, pero nada impide que se pueda predicar esta característica de las cosas específicas cuya peculiaridad reside en haber sido deslindadas o determinadas por alguna o ambas partes de la obligación, sin que lo mismo reporte para el acreedor un mayor grado de satisfacción que las que está obligado a entregar" ("Comentario CC-II", p. 281).

Otro ejemplo --mucho más evidente-- de la dificultad que presenta la indagación del posible significado de la expresión legal "cosas fungibles", lo ofrece Q. MUCIUS SCAEVOLA. En su comentario al art. 1196.2º CC, señala tres posibles sentidos: 1) cosa que se consume; 2) cosa que se determina a través de su peso, cuenta y medida; 3) cosa sustituible por otra. De entre estos tres significados se decanta por el último. Recuérdese que emplea un criterio subjetivo en la determinación del carácter sustituible de una cosa, lo que implica que admite la compensación entre obligaciones genéricas y no entre específicas ("Código civil comentado-XIX" pp. 1011-1013; véase supra, n.ºm. 25 y nota n.º 75).

183) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 144; J. ESCRICHE v. Compensación "Diccionario-II", p. 355; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 98; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", p. 413.

b) Advierte que las deudas "indeterminadas" (obligaciones genéricas) son compensables entre sí (184). Esta afirmación doctrinal recoge, simplemente, parte de lo que dice la Ley de Partidas (P. 5.14.21) (185).

Algunos autores precisan, además, que entre deudas "indeterminadas", lo que realmente se compensan son sus respectivos valores (186).

c) La mayoría de estos autores tienen presente en sus razonamientos el posible carácter fungible de las cosas que componen el género de las obligaciones "indeterminadas", a efectos de su posible compensación. No está muy claro que es lo que quiere apuntarse cuando se resalta este posible carácter fungible. No obstante, nos atrevemos a afirmar que en este concreto punto, el término cosa fungible es empleado como sinónimo de cosa consumible (187), con evidentes excepciones (188).

---

184) P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del Derecho civil-II", p. 219; J. ESCRICHE v. Compensación "Diccionario-II", p. 356.

185) P. 5.14.21.: "(...) Otrosi: si dos omes debiesen uno á otro cosas que non fueses ciertas, nin señaladas, asi como caballo, ó cosa semejante que non fuese señalada por nome, ó señales ciertas; bien pueden descontar el uno por el otro. (...)".

186) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 144; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 98; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", p. 413.

Esta misma idea la encontramos en M. FALCON, ya publicado el Código civil ["Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral", tomo IV, 3.ª ed., (1888), p. 49].

187) Consideramos conveniente la transcripción de estos textos.

B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "Las cosas indeterminadas, de un mismo género, aunque no fungibles, son también capaces de compensación" (lo subrayado es nuestro; "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 144). S. DEL VISO: "Se exceptúa [se refiere a que son compensables] el caso en que las cosas que se debieren fueran indeterminadas, pero de un mismo género; que entonces, aunque no sean fungibles, podrá verificarse la compensación por el ministerio de la ley" (lo subrayado es nuestro; "Lecciones

d) Si bien algún autor no afirma la imposibilidad de que las obligaciones específicas se compensen --al menos así puede deducirse de su exposición (189)-- otros sí que lo hacen (190).

elementales de Derecho civil-III", p. 98). Ya sabemos que ambos autores encajan en la expresión cosas fungibles, la de cosas consumibles (supra, notas n.º 69 y n.º 74). J.M.ª MANRESA Y NAVARRO, aludiendo al Derecho anterior al Código civil: "en nuestro derecho antiguo, la ley 21, tit. 14, Partida 5.ª, (...), autorizaba la compensación en las obligaciones genéricas siempre que no contuviesen designación especial y se refiriesen ambas á un mismo género, aun siendo éste de cosas no fungibles" (lo subrayado es nuestro; "Comentarios al Código civil-VIII", p. 375).

Presentan una mayor dificultad en su interpretación las palabras de F. SANCHEZ ROMAN: "Es de advertir que la ley declara también susceptibles de compensación, como si fueran cosas fungibles, á las obligaciones 'genéricas' siempre que sean de igual género, aunque tengan por objeto cosas fungibles" ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 413). Creemos que en el texto que manejamos debe haber una errata. Tal y como se expresa recoge la doctrina de su época, pero en lugar afirmar, "aun no fungibles", dice, "aunque tengan por objeto cosas fungibles". Recuérdese que este autor si bien rechaza, cuando expone la distinción entre bienes fungibles y no fungibles, que el criterio clasificador sea la posibilidad del consumo de la cosa, en el mutuo y comodato vuelve a ese criterio (supra, notas n.º 69 y 74).

188) P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN, quienes dicen que no se compensan las obligaciones "que no consisten en cosas fungibles del mismo género" ("Elementos del Derecho civil-II", p. 219). Emplean estos autores el término cosa fungible como equivalente a cosa sustituible según un criterio subjetivo (obligación genérica), en coherencia con lo que sostienen cuando exponen la clasificación bienes fungibles y no fungibles (supra, notas n.º 69 y 74).

189) Es el caso por ejemplo de S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", p. 98.

190) B. GUTIERREZ FERNANDEZ, quien hace esta afirmación, no cuando expone los requisitos precisos para que opere la compensación, sino cuando enumera los casos en que la misma no procede; tras señalar que no son compensables las deudas nacidas de un depósito irregular según la P. 5.3.5.ª, afirma, que "siendo regular [piensa en el depósito] cabría menos este remedio, además de ser un depósito, por la regla general; que las deudas de cuerpos ciertos no son susceptibles de compensación" ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 152; cfr. art. 1200 CC); J. ESCRICHE señala que entre cuerpos ciertos no hay compensación; en todo caso, lo que podría haber es una permuta (v. Compensación "Diccionario-II", pp. 355-356); F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV", p. 413.

En definitiva, admitir que el art. 1196.2º CC sólo permite la compensación entre obligaciones genéricas, implica defender que este artículo no rompe con la doctrina vigente en el momento de su entrada en vigor. Con esta afirmación implícitamente atribuimos, a la expresión cosas fungibles, el significado de cosa objeto de obligaciones genéricas. Ahora bien, tal interpretación de contenido se confirma, claramente, si acudimos a la doctrina francesa del XIX.

[51].- Resulta evidente la influencia del Código civil francés en la redacción del art. 1196.2º CC. Este en parte traslada el art. 1291 C.c francés, el cual dice: "la compensación no tiene lugar más que entre dos deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero, o una cierta cantidad de cosas fungibles de la misma especie (...)" (191). Cuando interpreta este precepto, la doctrina francesa del XIX afirma que procede la compensación legal entre obligaciones genéricas, y niega que las obligaciones específicas puedan compensarse (192).

---

191) A propósito del art. 1124 PCC 1851 ("La compensación no procede sino cuando ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, ó cuando siendo fungibles las cosas debidas sean de la misma especie, y tambien de la misma calidad, si esta se hubiere designado"), afirma GARCIA GOYENA que "es la primera parte del 1291 Frances, hasta 'de la misma calidad'" ("Concordancias", p. 599). Supra, en nota n.º 179, ya señalamos que el art. 1196.2º CC se inspira en este art. 1124 PCC 1851, con el cual posee una redacción muy similar.

192) C.M.B. TOULLIER "Le Droit civil français", tome 7ème, 5ème éd., Paris (1830), n.º 364-366, pp. 439-441; M. DURANTON "Cours de Droit civil suivant le Code français", tome 7ème, 4ème éd., Bruxelles (1841), n.º. 393-394, pp. 182-182; V. MARCADÉ "Explication théorique et pratique du Code civil", tome 4ème, 7ème éd., Paris (1873), n.º 817, pp. 653-655; F. LAURENT "Principes de Droit civil" Tome dix-huitième, 3ème éd., Bruxelles (1878), n.º 389-391, pp. 411-412, en especial el n.º 390; C. DEMOLOMBE, quien señala que sólo entre deudas de cosas fungibles es posi-

El término "cosas fungibles", que como otros preceptos emplea el art. 1291 C.c. francés, es sinónimo, para la mayor parte de la doctrina francesa del XIX, de objeto de obligación genérica. El criterio, que permite calificar a una cosa como susceptible de ser sustituida por otra, es la voluntad común de las partes (193). Este hecho --el empleo de un criterio subjetivo para determinar el carácter sustituible de una cosa-- tiene la siguiente explicación: a la doctrina francesa del XIX no le preocupa tanto diferenciar (al menos aparentemente) la clasificación de las cosas fungibles y no fungibles de la clasificación de las obligaciones en genéricas y específicas, cuanto separar la clasificación cosa fungible y no fungible, de la de cosa consumible y no consumible.

La posibilidad de diferenciar la fungibilidad de la consumibilidad reside en el criterio en el que cada una de ellas se

---

ble la compensación, pero, como admite un criterio subjetivo para determinar cuando una cosa es fungible, debemos entender que se refiere a las obligaciones genéricas ("Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général", tome 5ème, Paris, n.º 486-488, pp. 354-355).

193) Pero, también hay autores que identifican cosa fungible con cosa consumible: K.S. ZACHARIAE "Le Droit civil français" traduit C. Massé/Ch. Vergé, tome deuxième, Paris (1855), n.º 257, p. 26; C. M.B. TOULLIER "Le Droit civil français", tome 6ème, 5ème, éd., Paris (1830), n.º 143, pp. 142-143; M. TROPLONG, que además admite que es fungible aquella cosa que puede ser reemplazada por otra "Du prêt", tome XIV, Paris (1845), n.º 9, pp. 15-18, n.º 171-172, pp. 138-140.

Curiosamente estos autores se sitúan en torno a la primera mitad del XIX.



basa. En la fungibilidad, el criterio es de carácter subjetivo: la voluntad de las partes es la que atribuye esa condición; en la de consumibilidad, lo es de carácter objetivo: la naturaleza determina uno u otro carácter.

Aunque algunos autores franceses exponen el concepto de cosa fungible cuando desarrollan, bien la clasificación de los bienes (Demolombe y Marcadé), bien la compensación (Laurent), la mayoría lo hace en el contrato de préstamo (194).

Aludiendo básicamente al art. 1874 C.c francés --el préstamo de uso es de cosas que se pueden usar sin consumir, y el préstamo de consumo, de cosas que se consumen por su uso-- resaltan los diferentes comentaristas que el C.c. francés recoge la doctrina de Pothier, con cuya opinión no se muestran muy conformes.

En este sentido, algunos autores destacan cómo las cosas consumibles pueden ser objeto de un préstamo de uso: es el caso del denominado préstamo ad pompam vel ostentationem. También, como las cosas no consumibles pueden ser objeto de un préstamo de consumo: un librero pide prestados unos libros a otro para entregárselos a su cliente, comprometiéndose a devolver otros iguales al librero que se los prestó.

Según la doctrina francesa, esos ejemplos muestran que el codificador francés se equivoca en la definición que del comodato y del simple préstamo da. Confunde la clasificación cosa consumible y no consumible con la de cosa fungible y no fungible. Realmente el préstamo de uso es un contrato de cosas no fungibles, y, el préstamo de consumo es de cosas fungibles (195).

194) Este hecho se justifica en: a) Por un lado, la mayoría de las obras francesas del XIX exponen el Derecho civil siguiendo el orden de los artículos del C.c. francés. Ello se justifica en la obligación, que hasta 1870, tenían las facultades de derecho de seguir en su explicación el orden del Código civil [PLANIOL/RIPERT, "Traité élémentaire de Droit civil", 10.ª ed. (1925)]. b) Por otro, el C.c. francés no cuenta con un precepto similar al art. 337 CC (supra, nota n.º 66), a propósito del cual los autores localicen sistemáticamente la exposición de los conceptos cosa fungible y no fungible, procediendo en el resto del articulado del C.c francés, cuando ello fuera preciso, a la oportuna remisión.

195) Estas críticas, hechas al C.c. francés, se reflejan en diversos artículos del "Anteproyecto" de F. LAURENT, el cual pre-

Además, se aclara que una cosa es fungible, cuando puede ser sustituida por otra, al pertenecer a un género, y no fungible ("cuerpo cierto"), cuando su valor se determina en consideración a sí misma. La posibilidad de ser o no sustituida es determinada por la voluntad de las partes (criterio subjetivo). En cambio, el que una cosa sea o no consumible es algo que lo concreta la naturaleza (criterio objetivo) (196).

fiere emplear los términos cosa fungible y no fungible, en lugar de los de cosa consumible y no consumible. De este modo:

a) El art. 1959 señala que "Hay dos clases de préstamos: Aquél de cosas no fungibles; éstas son, en general, las cosas no consumibles, que se pueden usar sin destruirlas; se le llama préstamo de uso o comodato. Y aquél de cosas fungibles; éstas son, en general, las cosas consumibles, que se consumen por el uso; se le llama préstamo de consumo o simplemente préstamo". En su comentario, Laurent afirma que se trata de una reproducción del art. 1874 C.c francés con un cambio en su redacción, señalado por la doctrina ["Avant-Projet de révision du Code civil. (Articles 1430-1998)" Tome cinquième Bruxelles (1885), p. 453, n.º 1].

b) El art. 1976, primero de los que regulan el préstamo de consumo, dice que "El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, a cargo de este último de devolverle otro tanto de la misma especie y cualidad, en el término convenido". Afirma Laurent, otra vez, que se trata de una reproducción del art. 1892 C.c. francés, con una ligera modificación (op. cit. p. 460, n.º 1).

c) Y por último el art. 1965, que dice que "Las cosas consumibles pueden ser objeto de comodato así como las cosas no consumibles, si tal es la voluntad de las partes". La redacción de este art. 1965 es contraria al art. 1878 C.c. francés, que señala que todo lo que no se consume por el uso puede ser objeto del contrato de comodato (op. cit. p. 457)

196) La exposición del texto se basa en los siguientes autores:

a) Hacen una dura crítica del C.c. francés: P. PONT "Explication théorique et pratique du Code civil. (Commentaire-Traité des petits contrats)", tome premier, 2ème éd., Paris (1877), n.º 2-11, pp. 2-6, especialmente los n.º. 7-11; también n.º 39, pp. 19-20; V. MARCADÉ, a quien expresamente alude P. Pont por ser éste el continuador de la obra de V. Marcadé: "Explication théorique et pratique du Code civil", tome 4ème, 7ème éd., Paris (1873), n.º 391-392, pp. 395-396; C. DEMOLOMBE "Cours de Code Napoléon IX. (Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation", tome premier, Paris (1870), n.º 42-49, pp. 23-26, especialmente los n.º. 45-47.

b) Aunque en sus "Principes de Droit civil" F. LAURENT critica al C.c. francés, lo hace de manera más matizada que los anteriores autores. Tras exponer la crítica que suele hacerse al C.c. francés, por haber seguido a Pothier (cita a V. Marcadé y a P. Pont), afirma que se ha hecho mucho ruido sobre el pretendido error de Pothier. Entendidas desde un punto de vista

Por tanto, cuando el codificador español traslada al art. 1196.2º CC las palabras empleados por el art. 1291 C.c. francés (cosas fungibles), también está trasladando la interpretación que del término cosa fungible hace la doctrina francesa. Esto es, como sinónimo de obligación genérica. Este hecho no debe extrañarnos porque, lo hemos dicho, el art. 1196.2º CC no rompe con la doctrina española del XIX anterior, y ésta, tanto admite que la compensación opera sólo entre obligaciones genéricas (197), cuanto emplea, para determinar qué cosas son fungibles

---

práctico las definiciones del art. 1874 C.c. francés, tienen razón ("Principes de Droit civil-XXVII" n.º 451, pp. 457-459 y n.º 460, pp. 466-467).

Sin embargo, en su "Avant-Projet", critica claramente al C.c francés. De hecho, los artículos que dedica al contrato de préstamo, no definen ambos tipos de préstamo, según el carácter consumible, o no, de las cosas ["Avant-Projet de révision du Code civil" Tome 5ème, Bruxelles (1885): art. 1959, n.º 2, pp. 453-454; art. 1965, p. 457 y art. 1976, n.º 2, p. 460; sobre estos preceptos véase la nota que sigue a ésta].

c) L. GUILLOUARD considera correcta la redacción del C.c. francés, pero, también es consciente de que la voluntad de las partes puede pactar un préstamo de consumo con una cosa no consumible, y un préstamo de uso con una cosa consumible. Según Guillouard, que rechaza la opinión de P. Pont, el art. 1874 C.c. francés es válido si tenemos presente que ha sido redactado desde el punto de vista de lo que es normal en el tráfico. Recuerda también que esto ya lo había comprendido Pothier ["Traité du prêt, du dépôt et du séquestre" Paris (1892), n.º. 2-3, pp. 2-6, especialmente el n.º 3; también n.º 15, pp. 19-20].

d) Finalmente DURANTON ["Cours de Droit civil suivant le code Français", tome neuvième 4ème éd., Bruxelles (1841) n.º 501-503, p. 407; n.º. 550-552 y 554, pp. 421-422] y TROPLONG ["Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. (Du prêt)" Paris (1845) n.º 8-10, pp. 14-18; n.º 35 pp. 34-36; y n.º 172-180, pp. 139-144] se limitan a reiterar el criterio del C.c. francés, de que el préstamo de uso es de cosas no consumibles y el préstamo de consumo es de cosas consumibles, si bien señalan que la voluntad de las partes puede alterar estas reglas.

197) Véase supra, n.ºm. 50..

(sustituibles), un criterio subjetivo (198).

[52].- El otro argumento favorable a que la compensación opera sólo entre obligaciones genéricas, está en su propio fundamento, puesto en relación con la estructura peculiar de la obligación específica y de la genérica.

Desde el punto de vista económico suele destacarse que, siendo dos personas recíprocamente deudores y acreedores principales, por distintas relaciones jurídicas, carece de sentido que cada una pague a la otra, si a su vez va a recibir otro objeto igual al que dió (199). A fin de evitar posibles riesgos, gastos y pérdidas de tiempo, la compensación, en cuanto que extingue las deudas en la cantidad concurrente, aparece como el mecanismo más adecuado de solución (200).

Pues bien, esta indiferencia del acreedor en cuanto al concreto objeto con el que se satisface su crédito es un rasgo identificador de la obligación genérica. El interés del acreedor se cubre tanto si el deudor materialmente entrega una cosa del género debido, cuanto si, por ser a su vez deudor de su deudor, de cosa del mismo género, se compensan sus recíprocas obligaciones. Cualquier objeto que pertenezca al género debido

---

198) Véase supra, n.ºm. 25 y nota n.º 74.

199) Evidentemente, pensamos en la función de pago que la compensación puede desempeñar. Sobre sus distintas funciones (procesal, de pago y de garantía), ROJO AJURIA, "La compensación como garantía", (1992), pp. 27-50.

200) CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 418-419; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 417-418. En otro sentido DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 192.

permite la extinción de la obligación (el que está en el patrimonio del tercero y el que está en el patrimonio del acreedor/deudor). Es más, al Derecho le interesa que la compensación opere en las obligaciones genéricas, puesto que con ello se favorece la existencia de un tráfico ágil entre las distintas relaciones jurídicas.

De otro lado, es, igualmente, la peculiar estructura de la obligación específica, la que impide que en ella funcione la compensación legal. En este modelo obligacional, la voluntad de las partes ha establecido que sólo un concreto objeto satisfaga el interés del acreedor. Aunque dos obligaciones específicas tuvieran por objeto una cosa fungible --cada una un coche de segunda mano, de la misma marca, modelo, antigüedad y uso-- en principio no serían compensables: la autonomía de la voluntad, respetada por el ordenamiento jurídico (cfr. art. 1255 CC), ha hecho que no sea indiferente el objeto que se entregue en cumplimiento de la obligación (201). Adviértase que estamos hablando de la compensación legal (cfr. art. 1202 CC). Nada impide que las partes decidan libremente compensar dos obligaciones específicas. Pero esta compensación será bien convencional, bien facultativa.

#### 4.10. Conclusiones.

---

201) Consideramos que la redacción del art. 1213.2º APCC 82-88, antecedente del art. 1196.2º CC, encierra y sintetiza, claramente, las ideas expuestas en el texto. Dice: "que la cosa debida por uno de los obligados pueda serle dada en pago de su propio crédito" (lo subrayado es nuestro).

[53].- Con la exposición anterior de los aspectos diferenciales entre la obligación específica y la genérica, hemos querido resaltar, cómo esta clasificación puede llegar a tener mayor relevancia de la que suele atribuírsele, por lo que debe ser tenida muy en cuenta en la teoría general de las obligaciones. Como hemos visto, la idea clave es el diferente modo de determinar el objeto que la obligación específica y genérica tienen, que conduce además, en diferentes puntos, a un régimen jurídico distinto.

A continuación, vamos a trasladar esta clasificación al contrato de compraventa. Más adelante comprobaremos, que en algunos aspectos, la evolución de los sistemas ha conducido a que ambas obligaciones compartan, básicamente, el mismo régimen jurídico.

**5. El carácter específico o genérico de la compraventa, como determinante de un régimen jurídico distinto.**

[54].- Esta clasificación surge de trasladar al contrato de compraventa la clasificación obligación específica y genérica.

Una compraventa es específica cuando comprador y vendedor han pactado que sea una concreta la que se enajena; y genérica, cuando el objeto se determina por su pertenencia a un conjunto de cosas que las partes consideran que tienen una serie de cualidades en común (género) (202).

---

202) Los manuales suelen aludir a esta clasificación cuando exponen los requisitos de la cosa objeto del contrato de compraventa, y en general, reiteran lo que a propósito de los arts. 1271 a 1273 CC señalaron: RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-3.º", pp. 22-23; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 284; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Contratos II-II", pp. 137-138; CASTAN/FERRANDIS "Derecho civil español-IV", pp. 81 y 83.

[55].- Lógicamente, muchos de los problemas jurídicos que se plantean en la utilización general de la clasificación, se reproducen en su aplicación al contrato de compraventa, con soluciones parecidas (203). Junto a ello, hay otras cuestiones jurídicas ya propias de este contrato (204).

203) Salvo que haya una regla especial, los diferentes aspectos expuestos entre uno y otro tipo de obligación (supra, n.ºm. 27 a 52), se aplican también a la compraventa. Además, recuérdese que algunos de esos aspectos diferenciales se construyen con apoyo en las regulaciones especiales. Por ejemplo, la afirmación de Caffarena de que, en la obligación genérica, la pérdida sobrevinida fortuita de todo el género la asume el deudor se fundamenta, entre otros argumentos, en el art. 1452.III CC (supra, n.ºm. 47, nota n.º 175).

204) Situados fuera del objeto de nuestra investigación --las anomalías cualitativas de la cosa (infra, n.ºm 59)-- se cuestiona, si es o no obligación del vendedor, transmitir la propiedad de la cosa. La respuesta marca diferencias entre la venta genérica y la específica.

a) En la compraventa genérica, el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa. Su apoyo normativo no está en los arts. 1445 y ss CC, reguladores de la compraventa y cuyo modelo es el de la específica, sino en el art. 1160 CC, que dispone: "en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida (...)".

La consecuencia de que el vendedor no haga propietario al comprador, es que incumple su obligación, desencadenando las consecuencias propias del incumplimiento (arts. 1101, 1124 CC, etc).

b) En la compraventa específica, por un lado los arts. 1461 y 1474 CC no mencionan, entre las obligaciones del vendedor, la de transmitir la propiedad de la cosa. Por otro, es conocido, que "la responsabilidad por vicios jurídicos (...) era en Roma, por su esencia, no una responsabilidad derivada de no haber transmitido la cosa o por estar ésta gravada con un derecho ajeno, sino una responsabilidad por la privación de ella al comprador en un proceso ('evictio'), es decir, por la pérdida de la posesión y el disfrute. Con otras palabras: el vendedor respondía simplemente del 'habere uti frui licere' del comprador" (JÖRS/KUNKEL "Derecho privado romano", trad. de la 2.ª ed. alemana por Prieto Castro, (1965), p. 330), y, que la regulación civil del contrato de compraventa se inspira fundamentalmente en el Derecho romano, a través de las Partidas.

Señaladas estas ideas, hemos de indicar que un sector doctrinal entiende que el vendedor no tiene obligación de transmitir la propiedad de la cosa: ALBALADEJO "La obligación de

De acuerdo con lo que acabamos de señalar, la consecuencia básica de distinguir entre uno y otro modelo de compraventa es

transmitir la propiedad en la compraventa", RGLJ, (1947) pp. 409 ss; MIQUEL GONZALEZ, comentario a la STS de 5 de mayo de 1983, CCJC n.º 3, (1983), pp. 719-728. Otro sector considera, en cambio, que el vendedor sí tiene dicha obligación: DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 285; JORDANO FRAGA, "Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a 'non domino'. Responsabilidad por evicción. (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)", ADC, (1989), pp. 1362-1364; RUBIO GARRIDO (véase infra, nota n.º 435).

Coincidimos con la opinión de RODRIGUEZ MORATA, quien a propósito de la relación entre validez de la venta de cosa ajena y obligación de transmitir la propiedad afirma: "A mi juicio, se trata de dos proposiciones que no se justifican entre sí. Incluso, en el hipotético caso de que nuestro Código civil hubiera configurado aquella obligación para el vendedor, la venta de cosa ajena seguiría siendo válida y eficaz (...)" . Añade un poco más abajo: "en todo caso, no puede negarse la importancia que para nuestro sistema jurídico tiene el hecho de que no esté configurado como una obligación en sentido técnico del vendedor la transmisión de la propiedad de la cosa vendida" (pp. 58-59; también DIEZ-PICAZO/GULLON, op. cit., p. 286).

La doctrina suele admitir la validez de la venta de cosa ajena a los efectos obligacionales (título apto para usucapir, etc). También suele tener presente, a fin de determinar las acciones de que el comprador dispone, si ambas partes conocían el carácter ajeno de la cosa, o sólo lo conocía el vendedor, o ambas lo ignoraban.

Si ambas partes conocen la ajeneidad de la cosa y el vendedor se comprometió a transmitir su propiedad, una vez entregada, el comprador cuenta con las acciones generales de incumplimiento.

Si sólo el vendedor lo sabe, no lo comunicó al comprador y éste descubre tras la entrega de la cosa que ésta es ajena, puede impugnar el contrato por dolo grave.

Si ambas partes ignoran el carácter ajeno de la cosa, algunos autores consideran que el comprador puede impugnar el contrato por error vicio del consentimiento (DIEZ-PICAZO/GULLON, p. 286; JORDANO FRAGA, p. 1356). Otros autores lo niegan, o lo consideran difícil de admitir (CASTAN/FERRANDIS, p. 87).

Finalmente, si el comprador se ve privado de la cosa por el 'verus dominus', entran a funcionar las reglas especiales del saneamiento por evicción (cfr. arts. 1477, 1478 y 1479 CC).

Para esta esquemática exposición hemos tenido presente: DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", pp. 284-286; RIVERO en Lacruz y otros "Elementos II-3.ª", pp. 25-28; JORDANO FRAGA, ADC, (1989), pp. 1349-1365; CASTAN/FERRANDIS "Derecho civil español-IV", pp. 83-88; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: Contratos II-II", pp. 138-144; RODRIGUEZ MORATA "Venta de cosa ajena y evicción. (Estudio de las reglas de saneamiento por evicción en la compraventa)", pp. 21-95, especialmente, pp. 57-65 y pp. 90-95.



que cada uno de ellos cuenta con un peculiar régimen jurídico en aspectos concretos. Este hecho es resaltado por la doctrina. En este sentido son expresivas, por ejemplo, las palabras de Cossio, quien afirma: "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 muy limitado pueden ser consideradas como integradas en un concepto unitario, ya que su regulación es sustancialmente diferente en la mayor parte de sus efectos" (205).

**6. Particular consideración del problema de la identidad del pago y de la calidad de la cosa debida. Delimitación del objeto de nuestra investigación.**

[56].- En la compraventa específica el vendedor debe dar la concreta cosa pactada en el estado cualitativo existente al "perfeccionarse el contrato" (art. 1468 CC) (206). Este tener que dar una determinada cosa (que determina un deber de custodia), constituye la prestación principal que el vendedor asume con la celebración del contrato, con la consecuencia siguiente:

a) El vendedor incumple, si no entrega la cosa, o la entrega en un estado cualitativo diferente del que poseía en el momento de la celebración del contrato.

---

205) Este autor continúa su exposición diciendo: "Pero prescindiendo del más general problema de si sería conveniente en los futuros Códigos regular ambas figuras como instituciones diferentes (...)" [A. COSSIO, ADC, (1953), p. 614].

206) Recuérdese lo dicho en relación al art. 1166.I CC, supra, n.ºm. 35..

Es evidente el conflicto de intereses que en tal caso se produce. El comprador pretenderá que el vendedor asuma el riesgo del carácter defectuoso de la cosa. Por el contrario, el vendedor querrá que sea el comprador quien soporte la suerte de que la cosa haya resultado defectuosa. En este conflicto, el Código civil opta por la protección del comprador, y le ofrece las acciones edilicias (art. 1486 CC). Con ellas puede deshacer el contrato (acción redhibitoria), o reducir el precio (acción estimatoria), dentro del límite temporal de seis meses, contados desde la entrega de la cosa (art. 1490 CC).

[57].- En cuanto a la compraventa genérica, hay que advertir que ésta impone al vendedor la entrega de una cosa que reúna todas y cada una de las cualidades del género, delimitado en el contrato (208). De aquí se derivan las consecuencias siguientes:

a) El vendedor incumple, si ofrece en pago una cosa que carece de alguna de las cualidades del género.

En este caso, el comprador puede, como indicábamos en la compraventa específica: rechazar la cosa ofrecida en pago y ejercitar la acción de cumplimiento (art. 1096.II CC) (209) o la resolutoria (art. 1124 CC), junto con una posible acción de indemnización por los daños y perjuicios sufridos (art. 1101 CC).

b) El vendedor cumple, si ofrece en pago una cosa que po-

---

208) Téngase también presente lo señalado cuando la exposición de los arts. 1166.I y 1167 CC, supra, n.ºm. 35 y 36.

209) También nos remitimos a lo señalado supra, n.ºm. 27 y 28.

see todas y cada una de las cualidades del género.

En este caso, el comprador no tiene derecho a rechazar la cosa ofrecida; y si así lo hiciere, el vendedor podría proceder a su consignación, lo que produciría su consiguiente liberación (cfr. arts. 1176 y 1180 CC).

[58].- En principio, utilizando los criterios de una rigurosa dogmática, una importante diferencia entre uno y otro modelo de compraventa reside en el alcance con que nuestro ordenamiento ha previsto la protección del comprador, en el caso de anomalías cualitativas de la cosa.

En la compraventa específica, el Código tiene presente que, pese a que el vendedor realice todo aquello que jurídicamente le sea exigible (dar y custodiar), entra en lo posible que el interés del comprador esté insatisfecho. Esta posible eventualidad es resuelta a su favor, a través del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss CC).

En cambio, en la compraventa genérica, antes de la especificación, sólo puede afirmarse que el vendedor ha cumplido si entrega una cosa conforme al contrato. Los problemas que plantean las anomalías de la cosa encuentran solución en los remedios propios del incumplimiento. El límite de este régimen se sitúa a partir de la especificación. En ese momento, por haberse transformado la obligación genérica del vendedor en específica (especificación) <sup>(210)</sup>, el comprador puede contar con las acciones edilicias.

---

210) Sobre la especificación, infra, n.ºm. 67 y ss.

Conviene también recordar que en la protección del comprador mediante el saneamiento por vicios ocultos entra en juego otro factor que no tiene que ver con la estructura de la obligación: el peso de la tradición jurídica. Es de sobra conocido cómo los Ediles Curules crearon las acciones edilicias con el fin de proteger a los compradores de animales y esclavos en mercados <sup>(211)</sup> y cómo dichas acciones han perdurado hasta el momento de la codificación, siendo recogidas con algunos cambios en los arts. 1484 y ss CC <sup>(212)</sup>.

[59].- El anterior esquema es implícitamente recogido por el Código civil y el de comercio. Ahora bien, los problemas de aplicación empiezan a surgir desde el mismo momento en que existe la convicción de que la protección que las acciones edilicias dan al comprador, en la obligación específica, resulta insuficiente. Sobre todo, cuando sólo transcurridos los seis meses desde la entrega de la cosa (art. 1490 CC), es cuando se puede constatar que ésta no satisface el interés del comprador. En tales casos no se encuentra justificación a que el vendedor no responda, a excepción de una rigurosa aplicación del Derecho.

A fin de evitar esta consecuencia, se intenta, a través de diferentes expedientes y argumentaciones, que el comprador

---

211) Todo el D. 21.1., cuyo título es "Del edicto del edil y de la redhibición, y de la acción ' quanti minoris '", se dedica a estas acciones edilicias.

212) Sobre la evolución histórica de las acciones edilicias: A. M. MORALES MORENO, ADC, (1980), pp. 594-623. También, si bien enfocando el estudio histórico desde otra perspectiva, R.M. LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 15-88.

cuenta con otras acciones. De esta forma, el campo de aplicación de las acciones edilicias se distorsiona. Dicha distorsión puede dar lugar a diferentes consecuencias:

a) Se puede seguir hablando de un diferente régimen entre la compraventa específica y la genérica, si la protección del comprador se ensancha tan solo acudiendo a las acciones de nulidad fundadas en vicio del consentimiento. Se trata básicamente de la acción de impugnación del contrato por error vicio (art. 1266 CC), o en su caso, por dolo grave (art. 1279 CC) (213).

b) Pero el régimen de la compraventa específica se acerca, o mejor, se identifica con el de la genérica, si se admite, como llega a ocurrir, que el comprador puede utilizar las acciones generales por incumplimiento (acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria) (214).

Con esto entramos a precisar en que consiste nuestra investigación. Pretendemos comprobar hasta que punto es correcto afirmar, hoy por hoy, en nuestro Ordenamiento, que es distinto el régimen jurídico de la compraventa específica y genérica, cuando una cosa presenta anomalías cualitativas.

Recordemos, primeramente, cuál es el estado de la cuestión. Como ya hemos apuntado, el Código civil y el de comercio de 1885 (215) tuvieron implícitamente presente el carácter genérico o específico de la obligación del vendedor, a fin de de-

---

213) Cfr. infra, n.ºm. 116 a 118.

214) Cfr. también infra, n.ºm. 116 a 118.

215) Cfr. arts. 336 y 342 CCO.

terminar las acciones de las que el comprador dispone. Este distinto tratamiento se admite, también, por la mayoría de la doctrina civil (216); la mercantil, en cambio, parece ignorar el distinto tratamiento (217). De todas formas, puede afirmarse que en ambas disciplinas hay una tendencia generalizada a considerar, que es el régimen del incumplimiento (arts. 1101 y ss CC); el que da una más adecuada respuesta a las exigencias del tráfico. Quien en cambio ya rompe, aunque sea implícitamente, con el sistema de remedios diseñado por el Código civil y el del comercio es la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que preferentemente aplica a la entrega de una cosa con anomalías cualitativas el régimen del incumplimiento (218).

Esta tendencia, o clara ruptura con los textos legales, es producto de considerar que el régimen de la compraventa específica, el del saneamiento por vicios ocultos, no soluciona las demandas del actual tráfico. Fiel reflejo de esto es que, en 1984, cuando el legislador ha tenido la oportunidad de regular el problema de las anomalías cualitativas de las cosas en el llamado sector de los consumidores, no ha tomado en cuenta el carácter específico o genérico de la obligación del vendedor, y ha diseñado un régimen muy similar al del incumplimiento del Código civil. Pensamos en el art. 11.3 LGDCU, el cual impone al garante la reparación gratuita de los defectos de la cosa, jun-

---

216) Cfr. infra, n.ºm. 60.

217) Cfr. infra, n.ºm. 186.

218) Para las doctrinas del Tribunal Supremo, siendo la compraventa civil, los n.ºm. 119 y ss, y siendo mercantil, los n.ºm. 195 y ss.

to al posible resarcimiento de daños y perjuicios; además, si la reparación no es satisfactoria, el consumidor puede exigir la sustitución del objeto por otro de idénticas características, o la devolución del precio <sup>(219)</sup>. Añádase a esto, que suele entenderse que las acciones edilicias siguen operando en este tipo de ventas, en virtud del art. 7 LGDCU.

En idéntica línea se encuentra la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías <sup>(220)</sup>. Este texto, en principio, parece no dar relevancia a si la compraventa celebrada es específica o genérica. El régimen que establece, para el caso de que el vendedor infrinja su obligación de entregar la mercancía según la calidad y tipo pactado (falta de conformidad, art. 35 CV 1980), parece ser fruto, en la perspectiva de alguien formado con un Código influido por el francés, de unir los remedios del incumplimiento y del saneamiento por vicios ocultos. Cuando el comprador recibe una cosa que tiene defectos, la Convención de Viena permite al comprador ejercitar alguna de las siguientes acciones: la de cumplimiento <sup>(221)</sup>, la de reparación, la resolutoria, la de reducción del precio <sup>(222)</sup>, además de la de in-

219) Su estudio, infra, en los n.ºm. 224 a 228.

220) Aplicable en nuestro ordenamiento desde el 1 de agosto de 1991 (BOE de 30 de enero de 1991). A partir de ahora lo citaremos CV 1980.

221) Recuérdese lo dicho a propósito del art. 28 CV 1980, supra, nota n.º 99.

222) Esta acción tiene su origen en el 'civil law', y se trata de la acción 'quanti minoris', consecuencia del saneamiento por vicios ocultos. HONNOLD recuerda que "Ernst Rabel, escribía en 1952, dudando de la actual utilidad de la 'actio quanti minoris', pero en el proceso de la Haya y de la Uncitral la mayoría de los representantes procedentes del sistema del Derecho civil

demnización por daños y perjuicios (arts. 45, 46, 49, 50 y 74 y ss CV) (223).

A través de todos estos distintos regímenes vigentes, que hemos mencionado (el del CC, el del CCO, el de la LGDCU y el de la CV 1980), cada uno con un específico campo de aplicación, y a través, también, de las diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a que han dado lugar, se muestra la evolución sufrida por nuestro Ordenamiento, cuya tendencia se orienta a la superación de las diferencias, en el concreto punto que analizamos, entre la compraventa específica y la genérica.

Con la exposición de cada uno de ellos, particularmente del Código civil y del de comercio, queremos destacar, no sólo el alcance de la protección que nuestro Derecho ofrece al comprador por las anomalías cualitativas de la cosa, o falta de conformidad, sino la evolución de nuestro sistema y la aproximación de las soluciones.

En definitiva, tratamos de resaltar en primer lugar un hecho, que el funcionamiento real de nuestro ordenamiento tiende a la superación de la distinción entre compraventa genérica y específica. Al mismo tiempo, intentamos explicar cómo se ha llegado a esta situación. Por fin, destacaremos cuál es el sistema de remedios que hoy es valorado como de más adecuada res-

---

insistieron en retener esta característica de su herencia legal [p. 326; "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention", (1987), pp. 326-327].

223) Sobre la CV de 1980, infra, los n.ºm. 229 a 231.



puesta para la solución del problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Adelantemos, que éste se conforma por la suma de las acciones generales derivadas del incumplimiento y de las acciones edilicias (sistema unitario de acciones).

**CAPITULO II**  
**EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL:**  
**LA COMPRAVENTA CIVIL**

1. El punto de partida de la doctrina: la diversificación entre la compraventa específica y la genérica.

[60].- En nuestro ordenamiento podemos considerar a R. Berco-  
vitz como el primer autor que claramente señala la necesidad de  
diferenciar entre la compraventa genérica y la específica a  
propósito de la cuestión de la entrega de una cosa con anoma-  
lias cualitativas. Sus palabras no ofrecen al respecto duda al-  
guna: "La distinción no admite un tratamiento unitario, sino  
que requiere un estudio separado de las compraventas de cosa  
genérica y las compraventas de cosa específica" (224). Este  
punto de vista justifica que su trabajo sobre las acciones edi-  
licias, que es de 1969, lo divida en dos grandes apartados, el  
uno dedicado a la compraventa específica y el otro a la genéri-  
ca.

Después de 1969, transcurre un amplio período de tiempo  
hasta que volvemos a encontrar en la doctrina esa idea de tener  
que distinguir entre la compraventa genérica y la específica.  
Esta vez la afirmación es obra de A.M. Morales, cuyo estudio,  
de 1980, se limita a las acciones edilicias y a la compraventa

---

224) R. BERCOVITZ, "La naturaleza de las acciones redhibitoria  
y estimatoria en la compraventa", ADC, (1969), p. 778.

Un poco más abajo recoge la opinión de Wolf en este senti-  
do: "Wolf afirma que la contradicción que resulta de una duali-  
dad de conclusiones sobre las acciones de saneamiento, según  
que la compraventa sea de cosa genérica o específica, no es más  
que aparente, en cuanto uno y otro tipo de compraventas son to-  
talmente distintos. La compraventa de cosa genérica, dice este  
autor, no es en realidad un contrato de compraventa (...) sino  
un contrato innominado que atiende a la conducta del vendedor y  
que normalmente es tratado como un contrato de compraventa en  
base a su parecido con la misma" (op. cit. p. 780).

En esta misma línea recuérdese la opinión defendida por  
Cossio, citada supra, n.ºm. 55.

específica. Dice: "Forzoso es separar el tratamiento del problema en la venta específica y genérica" (225).

Tras estos dos autores --y posiblemente con base en su autoridad-- se generaliza en la doctrina civil especializada el diferenciar entre la compraventa específica y la genérica para determinar el régimen aplicable, cuando la cosa entregada adolece de anomalías cualitativas.

Así, por ejemplo, A. Orti: "Por otra parte, nos parece criticable que la doctrina que ha abordado la problemática que nos ocupa, no haya prestado la atención que merece la distinción entre la venta de cosa específica y la de cosa genérica" (226). En esta misma línea se sitúa también R.M.<sup>a</sup> Llácer, quien afirma: "para abordar la cuestionable proximidad entre el saneamiento y el incumplimiento, es necesario diferenciar entre compraventa de cosa genérica y de cosa específica" (227). Finalmente, hemos de aludir a M. Pasquau: "El camino correcto parte, por el contrario, de la distinción entre dos tipos de

---

225) A.M. MORALES MORENO, "El alcance protector de las acciones edilicias", ADC, (1980), p. 592. Un poco antes ya había resalado esa idea: "La tarea de proteger al comprador tropieza en nuestro caso con ciertas dificultades: Primera: La variedad de circunstancias que concurren en cada caso, en torno a un mismo problema básico, una protección matizada y con diferente alcance. Por citar ejemplos: No puede mezclarse el tratamiento del problema en las ventas genéricas y específicas" (op. cit., p. 587).

226) Continúa el texto: "Si los autores que se han preocupado de desentrañar la naturaleza jurídica de la obligación de sanear del vendedor hubiesen partido de las diferencias entre las dos hipótesis de ventas, los resultados hubiesen sido otros" [ORTI "La protección" p. 25].

227) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), p. 157; se trata de una idea que vertebraba toda su exposición del Capítulo IV.

compraventa: la compraventa de cosas específicas y determinadas, a las que se aplicaría siempre la normativa edilicia, y la compraventa de cosa genérica, no regulada por la misma" (228).

Por otra parte, la idea de diferenciar los modelos, genérico y específico, de compraventa la encontramos recogida en otros autores como estado de la cuestión para aplicarla, a su vez, a supuestos concretos. Así lo hace L. Fernández del Moral para el cumplimiento defectuoso en el contrato de suministro (229).

Adviértase, que en principio, en esta distinción de modelos de compraventa, se asocia la específica con el régimen de las acciones edilicias y la genérica con el régimen general del incumplimiento (230).

No obstante lo hasta ahora dicho, también se afirma, aunque en menor medida, la idea contraria, aquélla de que no debe distinguirse entre la compraventa genérica y específica puesto

---

228) Continúa diciendo: "Tal distinción, en efecto, parte de presupuestos más lógicos y logra resultados plenamente satisfactorios" [PASQUAU LIAÑO "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2), marginal 421].

229) L. FERNANDEZ DEL MORAL "Antes de observar cómo esta figura [la del cumplimiento defectuoso] se puede manifestar en un contrato de suministro, es necesario detenerse, siquiera brevemente, en advertir el particular entorno jurídico en el que se produce y algunos caracteres propios del contrato de suministro. (...) En este sentido, se ha observado, en primer lugar, la necesidad de distinguir y ofrecer un tratamiento jurídico separado según sea el objeto de la compraventa determinado (compraventa de cosa específica) o indeterminado (compraventa de cosa genérica)..." ["El contrato de suministro. El incumplimiento", (1992), pp. 313-314].

230) Recuérdese el esquema diseñado en el Cap. I, como punto de partida del análisis.

que el Código civil no lo hace. Es el caso de Rubio Garrido, quien señala: "¿qué legitima esta diferencia de régimen jurídico tan importante entre ambas compraventas? ¿Acaso las compraventas genérica y de cosa específica tienen naturaleza distintas? Baste responder escuetamente con la evidencia de que en el Código no hay indicación alguna para mantener separadas de este modo ambas hipótesis" (231).

## 2. El Derecho inglés como elemento de contraste.

[61].- Con carácter previo y en contrapunto a los derechos continentales son oportunas unas notas breves sobre cómo resuelve el Derecho inglés los problemas relacionados con la calidad de la cosa vendida.

En el 'common law' la regla que opera es el 'caveat emptor' y de aquí que las anomalías cualitativas de la cosa las asuma el comprador. En cambio, la 'Sale of Goods Act 1979' (SGA) --continuando el camino ya abierto por la 'Sale of Goods Act 1893'-- establece otra regla, por cuanto que impone al vendedor la asunción de ciertas anomalías cualitativas en la cosa (232). En concreto:

231) RUBIO GARRIDO, "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 477-478. Estas afirmaciones las hace como respuesta crítica, a quienes sí diferencian ambos modelos de compraventa y defienden que el saneamiento por vicios ocultos se justifica en una atribución de riesgos al vendedor. Por otra parte, si bien esta obra estudia la obligación de transmisión de la propiedad, también toca problemas relativos a las anomalías cualitativas de la cosa, puesto que RUBIO GARRIDO parece concibir la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos con carácter unitario. Más abajo volvemos sobre este autor (cfr. infra, n.ºm. 102).

232) Las afirmaciones del texto deben matizarse. Ciertamente, salvo que las partes dispongan otra cosa y el comprador no haya sido inducido fraudulentamente a contratar, la regla base del 'common law' es la del 'caveat emptor'. Sin embargo, durante la primera mitad del XIX los tribunales consideraron que el contrato de compraventa incorporaba ciertas promesas implícitas del vendedor. Varias de estas promesas implícitas fueron adoptadas como términos normales de la compraventa por la 'Sale of Goods Act 1893', exceptuándose que las partes manifestasen una intención contraria. La 'Sale of Goods 1893' fue, sustancialmente, una codificación del 'common law' de venta tal y como su autor la percibió (Sir Mackenzie Chalmers) [CHESHIRE, FIFOOT, §

1) Si la compraventa se celebró mediante descripción, hay una 'implied condition' (233) de que los

FURMSTON'S "Law of contract", 11.<sup>a</sup> ed., pp. 130-131].

Pensando en la SGA 1979, ATIYAH afirma: "De hecho, es ahora irrealista tratar el 'caveat emptor' como principio básico del derecho más bien que el del 'caveat venditor'" ["The Sale of Goods", 8.<sup>a</sup> ed., (1990), p. 124; también la p. 123]. Refiriéndose a la SGA 1893, MACLEOD dice: "En un sentido, la SGA 1893 marcó el inicio de un movimiento que se aleja del 'caveat emptor'" ["Consumer Sales Law", (1989), p. 333; véase también las pp. 382-383].

233) La SGA de 1893 clasificó los deberes contractuales en 'condition' y 'warranty', atribuyendo a esta clasificación importantes consecuencias. La 'condition' es una cláusula de vital importancia para el contrato, en cuanto que afecta a su raíz, y cuyo incumplimiento permite a la parte inocente desvincularse. La 'warranty' es una cláusula que no afecta a la raíz del contrato y cuya infracción sólo da lugar a una indemnización por los daños sufridos. Esta distinción la recoge la actual SGA. Así, la Sect. 11 (3) dice: "Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; (...); también, la Sect. 53 (1): "Where there is a breach of warranty by the seller or where the buyer elects (or is compelled) to treat any breach of a condition on the part of the seller as a breach of warranty, the buyer is not by reason only of such breach of warranty entitled to reject the goods; but he may -- (a) set up against the seller the breach of warranty in diminution or extinction of the price, or (b) maintain an action against the seller for damages for the breach of warranty"; finalmente la Sect. 61 (1): "In this Act, unless the context or subject matter otherwise requires, -- (...) "warranty" (as regards England and Wales and Northern Ireland) means agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated".

Sin embargo, antes de la SGA de 1979, en torno a la década de los 60, se cuestiona que una obligación del contrato tenga que ser 'condition' o 'warranty', por cuanto que esta forma de actuar --a priori-- olvida las consecuencias que el incumplimiento causa a la parte inocente. Así, la infracción de una 'condition', aunque apenas tenga consecuencias, permite la desvinculación, y no lo permite la infracción de una 'warranty', pese a poder tener importantes consecuencias. Esto dió lugar a que los tribunales aludieran a una tercera categoría, la de 'innominate terms', a medio camino entre las anteriores. En los 'innominate terms', el tribunal constata las consecuencias de la infracción y sólo si éstas son graves permite la desvinculación contractual. Tales términos tuvieron origen en Hong Kong

bienes se corresponden con ella [Sect. 13 (1) SGA] (234).

Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha [(1962), 2 QB 26], que trató de un contrato de fletamento, en el que se señaló la obligación de los propietarios de mantener el barco en condiciones de navegabilidad, lo que no se cumplió. El Tribunal dijo, que ese deber no podía clasificarse, desde el principio, como 'condition' o 'warranty', siendo un 'innominate terms', cuyas consecuencias dependían del resultado del incumplimiento. El Derecho tiene, ante todo, que mirar la naturaleza y gravedad del incumplimiento. Esto fue confirmado por Cehave NV v. Bremer Handelsgesellschaft [(1976), QB 44] que trató sobre una compraventa de cidra para uso de comida de animales y en donde, entre otras cosas, se afirmó que la SGA de 1893 no divide todos los términos en 'condition' o 'warranty', puesto que la Sect. 62 (2) preserva las reglas del 'common-law' compatibles con la Act, y, fijándose en Hong Kong Fir se dijo que había un 'innominate term', cuyo incumplimiento permite a la otra parte desvincularse, sólo si su naturaleza y consecuencias son suficientemente serias para justificar tal resultado. En similar línea, asimismo, el caso Reardon Smith Lines Ltd v. Hansen Tangen [(1976), WLR 989] en el que se discutió, si la construcción de un barco en lugar diferente del pactado permitía o no la desvinculación contractual.

Trasladándonos a otro plano, se ha señalado la existencia de términos más importantes que las 'conditions', y son los 'fundamental terms'. Aunque a efectos prácticos ambos tipos de términos permiten a la parte inocente la desvinculación, la relevancia de los 'fundamental terms' estriba, en que han permitido luchar contra las cláusulas de exención de responsabilidad irrazonables e injustas. Un amplio número de decisiones ha sostenido, que una cláusula de exención de responsabilidad no puede proteger a la parte culpable, si ésta ha incumplido un 'fundamental term'. Sin embargo, en el caso Suisse Atlantique (1967), el House of Lords sostuvo que la doctrina de los 'fundamental terms' no era una regla de derecho, sino una construcción doctrinal. De todas formas, siguieron surgiendo casos en los que se seguía aplicando esos 'fundamental terms'. Esta situación cambió radicalmente con la 'Unfair Contracts Terms Act 1977', que concede a los tribunales amplios poderes de control sobre las cláusulas de exención de responsabilidad, cayendo otra vez la doctrina de los 'fundamental terms' (Photo Productions v. Securicor Transport, 1980, AC 827) [véanse ATIYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 56-71; del mismo autor "The Law of contract, 4.ª ed., (1989), pp. 178-189; J.M. MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 304-307; CHESHIRE, FITFOOT, § FURMSTON'S "Law of Contract", 11.ª ed., (1986), pp. 143-149].

234) Sect. 13 (1): "Where there is a contract for sale of goods by description, there is an implied condition that the goods will correspond with the description".



Uno de los problemas que se plantea, es, qué debe entenderse por compraventa mediante descripción. Desde luego, lo son aquéllas en las que el comprador no ha visto la cosa y confía únicamente en la descripción ofrecida. Ahora bien, los tribunales han precisado que también lo son las compraventas en las que el comprador vió la cosa, incluso la examinó, siempre que no la adquiriese como cosa específica (235).

Otro problema se plantea a propósito del test a emplear para determinar, cuando la cosa entregada coincide o no con la pactada. Aquí, lo fundamental es localizar qué palabras identifican al bien vendido, para así poder constatar si el vendedor ha o no cumplido con la descripción (236).

---

235) En *Grant v. Australian Knitting Mills Ltd* [(1936), AC 85], Lord Wright afirmó: "Puede también señalarse que hay una venta mediante descripción, incluso aunque el comprador esté comprando algo que se muestra ante él sobre el mostrador: una cosa es vendida mediante descripción, incluso aunque sea específica, con tal de que sea vendida no simplemente como una cosa específica, sino como una cosa que corresponde con una descripción, por ejemplo, algodón, una botella de agua caliente, una máquina segadora de segunda mano, por seleccionar unas pocas ilustraciones obvias". Se admite que hubo una compraventa por descripción, incluso habiendo el comprador examinado la cosa, en el caso *Beale v. Taylor* [(1967), 3 All ER 253] [ATYIAH "The Sales of Goods", 8.<sup>a</sup> ed., (1990), pp. 134-136; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 333-335].

236) En *Arcos Ltd v. E A Ronaasen & Son* (1933), se trató de la compraventa de unas maderas con determinadas medidas. Resultó, que sólo el 5 % de las maderas cumplían las medidas, si bien el resto era adecuado según mercado y permitía al comprador satisfacer su propósito. Sin embargo, la House of Lords consideró, que el comprador podía rechazar las maderas y Lord Atkin dijo: "Se ha afirmado que en todos los contratos comerciales la cuestión es, si había una sustancial correspondencia con el contrato: aquí puede haber siempre un margen: y es para el tribunal un hecho a determinar, si el margen es excedido o no. Yo no puedo estar de acuerdo. Si el contrato escrito especifica las condiciones de peso, medida y similares, aquellas condiciones deben cumplirse. Una tonelada no significa alrededor de una tonelada, o una yarda alrededor de una yarda. Menos todavía, cuando se desciende a las medidas minuciosas de media pulgada, no significa alrededor de media pulgada. Si el vendedor quiere una margen él puede y, en mi experiencia, debe estipularlo ... Sin dudar puede haber desviaciones microscópicas las cuales los hombres de negocios y por tanto los abogados ignoraran ... Pero aparte de esta consideración, el punto de vista correcto es, que las condiciones del contrato deben ser estrictamente ejecutadas. Si una condición no es ejecutada, el comprador tiene derecho a rechazar". Suele citarse, por su carácter extremo, el caso *Re Moore & Co Ltd and Landauer* (1921), que trató de una compraventa de latas de fruta australiana, empaquetada en cajas

Finalmente, aunque haya podido parecer lo contrario, la Sect. 13 (1) SGA respeta la distinción del 'common law' entre las "simples representaciones" de la cosa, que no entran a formar parte del contrato, y los "términos contractuales", que sí obligan al vendedor (237).

e de 30 latas. Entregadas las cajas, se comprobó que alrededor de la mitad sólo contenían 24 latas, si bien la cantidad total pactada sí se entregó. El Tribunal de Apelación entendió que el comprador podía rechazar el envío, en base a que se había infringido la Sect. 13 (1). Sin embargo, ya en *Ashington Piggeries* (1972), cuyo caso consistió en la venta de comida para animales, que contenía arenque y resultó tóxico para los visones del comprador, lo cual ignoraban ambos contratantes, se señaló que las únicas palabras que debían tratarse como objeto de la Sect. 13 (1) son aquéllas que identifican el objeto-materia del contrato. Lord Diplock dijo: "La descripción por la cual los bienes genéricos son vendidos es, en mi opinión, limitada a aquellas palabras dentro del contrato las cuales fueron entendidas por las partes como identificadoras de la clase de bienes, los cuales fueron suministrados. Está abierto a las partes usar una descripción tan amplia o tan estrecha como elijan. Pero el test es, si el comprador podría rehusar aceptar, justa y razonablemente, los bienes físicos ofrecidos sobre la base de su falta de correspondencia con lo que sobre ellos se dijo, haciendo los bienes de clase diferente de aquéllos que se acordó comprar. La llave de la s. 13 es la identificación". Continuando esta línea se encuentra el caso *Reardon Smith Lines*. Por otra parte, téngase en cuenta, que una vez fijadas las palabras que identifican al objeto, cosa diferente es en qué medida el vendedor puede desviarse de la descripción. En este sentido, ya se habrá advertido que el deber del vendedor es muy estricto [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 129-133; véanse también las pp. 139-141; MACLEOD "Consumer Sales of Goods", (1989), pp. 337-339].

237) La impresión de no respetar la distinción entre simples representaciones y términos contractuales la ofrece el caso *Beale v. Taylor* (1967), en el cual el vendedor puso un anuncio de venta de un 'Herald, convertible, blanco, 1961', resultando que sólo una parte del coche procedía de dicho modelo. El Tribunal de Apelación sostuvo, que las palabras '1961 Herald' formaban parte de la descripción contractual. Sobre esta decisión, ATYAH afirma, que "puede muy bien reflejar la moderna tendencia a sostener que las afirmaciones de los vendedores sobre los bienes son tratadas más bien como términos contractuales que como simples representaciones, particularmente cuando el comprador razonablemente confió en la afirmación" (p. 128). Sin embargo, los tribunales entienden, que no todas las afirmaciones del vendedor se convierten, en virtud de la Sect. 13, en términos del contrato [ATYAH "The Sales of goods", 8.ª ed., (1990), pp. 127-129; MACLEOD "Consumer Sales of Goods", (1989), p. 336].

2) Si el vendedor vende los bienes en el curso de su negocio, hay una 'implied condition' de que los bienes suministrados bajo el contrato son de 'merchantable quality' (238). La excepción se produce cuando se llama la atención del comprador sobre los defectos, antes de la celebración del contrato, y si éste examina la cosa antes de la celebración del contrato y los defectos son desvelables con el examen [Sect. 14 (2) SGA] (239). Esta 'implied condition' también existe en las ventas mediante muestras [Sect. 15 (2) (c) SGA] (240).

La propia SGA de 1979 define en que consiste la 'merchantable quality': cuando los bienes son adecuados al propósito o propósitos para los cuales normalmente se compran, así como, a lo que sea razonablemente esperar teniendo en cuenta la descripción dada, el precio (si es relevante) y todas otras circunstancias relevantes [Sect. 14 (6) SGA] (241). Esta definición,

---

238) Afirma ATIVAH: "La condición implícita de la cualidad comerciable es en muchos aspectos la más importante parte del derecho de venta de bienes. Es aquí que la obligación del vendedor sobre la calidad de los bienes suministrados puede fundamentarse, y es el verdadero corazón del derecho de venta. Así no es sorprendente que sobre esta materia haya un importante derecho del caso" ["The Sale of goods", 8.<sup>a</sup> ed., (1990), p. 142].

239) Sect. 14 (2) SGA: "Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of merchantable quality, except that there is no such condition -- (a) as regards defects specifically drawn to the buyer's attention before the contract is made; or (b) if the buyer examines the goods before the contract is made, as regards defects which that examination ought to reveal".

240) Sect. 15 (2) (c) SGA 1979: "In the case of a contract for sale by sample there is an implied condition -- (c) that the goods will be free from any defect, rendering them unmerchantable, which would not be apparent on reasonable examination of the sample". Cfr. MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 372-373.

241) Sect. 14 (6) SGA: "Goods of any kind are of merchantable quality within the meaning of subsection (2) above if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances".

que no contenía la SGA de 1893, ha dado lugar a la cuestión de, si pueden tenerse en cuenta los casos ('case law') resueltos con anterioridad a 1973, o si ha de partirse de los resueltos tras dicho año. Los tribunales se han pronunciado tanto en favor de la una, cuanto de la otra alternativa <sup>(242)</sup>.

Otra de las cuestiones que esta 'condition' ha suscitado es qué ocurre, si los bienes sirven a varios propósitos comunes, pero no al del comprador. Se entiende, en tal caso, que los bienes reúnen la característica de la 'merchantable quality' <sup>(243)</sup>.

242) Así, en *Aswan Engineering Establishment Co v. Lupdine Ltd*, el Tribunal de apelación acudió a los casos anteriores a la definición de la SGA 1979, mientras que en *Roger v. Parish (Scarborough) Ltd*, se defendió que no se podía acudir a los casos anteriores a 1973, debiendo atenerse a la definición legal. La alusión a 1973 se debe, a que la definición de 'merchantable quality' se contiene por vez primera en la 'Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973' [ATYIAH "The Sale of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 142-144, 146, y 154-155; MACLEOD "Consumer Sales of Goods", pp. 359-360; FURMSTON "Sale of Goods" (1990), p. 128].

243) Así, por ejemplo, en los siguientes casos. En *Henry Kendall & Son v. William Lillico & Sons Ltd* (1969) se trató de una compraventa de pienso para ganado y otros animales. El pienso contenía una sustancia, extraída de la nuez, que le hacía inadecuado para la alimentación de aves, fin para el cual lo adquirió el comprador. El vendedor, que pagó los daños sufridos por el comprador, demandó a G, quien le había vendido la sustancia; G a su vez demandó a K. La 'House of Lords' señaló que G y K no eran responsables bajo la Sect. 14 (2) SGA, porque la sustancia extraída era perfectamente idónea para ser utilizada en la elaboración de la comida para ganado y otros animales, y sólo era insatisfactoria para la alimentación de aves. Esto es, los bienes podían perfectamente ser utilizados para uno de los principales propósitos, para los que tales bienes normalmente se compraban. Otro caso similar, si bien anterior, es *Summer Permain & Co Ltd v. Webb & Co Ltd* (1921). Aquí se vendió un tónico que los compradores querían revender en Argentina. Resultó que el tónico contenía una determinada cantidad de ácido salicílico, lo que hacía su venta ilegal en Argentina. Se señaló que los bienes no infringían la Sect. 14 (2) SGA. No había nada equivocado con la cualidad de los bienes, que podían revenderse en cualquier lugar, salvo Argentina, y los bienes no son no mercantibles, simplemente, porque no son adecuados a un particular propósito. En *Aswan Engineering Establishment Co v. Lupdine Ltd*, los demandantes compraron un componente impermeable en cajas de plástico para exportar a Kuwait. Cuando las cajas fueron descargadas en Kuwait, fueron apiladas durante varios días y bajo un intenso sol, lo que provocó que se colapsaran por su propio peso, perdiéndose el componente impermeable. El Tribunal de Apelación sostuvo que los bienes reunían la 'merchantable quality'. Las cajas eran perfectamente adecuadas para la mayoría de los pro-

Por otra parte, esta 'merchantable quality' abarca casos bastantes heterogéneos y en este sentido, por ejemplo, se ha señalado, pensando sobre todo en los vehículos a motor, que si los bienes no son seguros no son de 'merchantable quality'; otras veces, con el fin de que el bien sea seguro, debe suministrarse al comprador determinada información (piénsese en los productos farmacéuticos); en otras ocasiones la información se requiere para obtener una mayor utilidad del bien (la compra de una máquina de cortar césped). Por otra parte, los bienes pueden responder a diferentes niveles de idoneidad: no es lo mismo un bien de segunda mano, que un producto fabricado en serie. Asimismo, la duración del bien, lo cual es una cuestión de hecho que depende de la naturaleza del objeto y de las circunstancias del caso, debe tenerse en cuenta; también, el precio pagado (244).

3) Si el vendedor vende bienes en el curso de su negocio y el comprador, expresa o implícitamente, hace conocer al vendedor cualquier propósito particular por el cual los bienes son comprados, hay una 'implied condition' de que los bienes suministrados bajo el contrato son razonablemente adecuados para tal propósito, sea éste o no el que normalmente se persigue con los mismos, salvo que las circunstancias muestren que el comprador no confió o era irrazonable que confiase en la habilidad del vendedor [Sect. 14 (3) SGA] (245).

La última parte de la Sect. 14 (3) SGA --la excepción de la no confianza del comprador-- es nueva frente a la SGA de 1893 y se inserta en la tendencia favorable a la protección del comprador. Bajo la SGA

---

pósitos por los que las mismas se adquirirían, siendo simplemente inadecuadas para ser apiladas de seis en seis bajo un intenso sol [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 155-159; MACLEOD "Consumer Sales of Goods" (1989), pp. 360-361].

244) Una detalla información en ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed, (1990), pp. 159-177.

245) Sect. 14 (3) SGA: "Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known -- (a) to the seller (...) any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller (...)"

de 1893, el comprador había de probar que hizo conocer al vendedor su particular propósito y que confió en su habilidad. No obstante esto, los tribunales señalaron que si el vendedor conocía el propósito del comprador, éste tendría confianza en aquél (246). Esta regla es confirmada en la SGA de 1979, siendo el vendedor quien debe probar que el comprador no confió, o no era razonable que confiase en su habilidad (247).

Por otra parte, el "particular" propósito perseguido por el comprador se entiende en el sentido de su propósito específico, y no como propósito contra-puesto a lo que es general o común (248). Además, la

---

246) En *Grant v. Australian Knitting Mills Ltd* (1936), Lord Wriqth dijo: "La confianza en rara ocasión será expresa: normalmente surgirá por implicaciones de las circunstancias; así, tomando un caso como éste en cuestión, el de un comprador a un comerciante, la confianza en general será inferida del hecho, de que el comprador vaya a la tienda en la confianza de que el comerciante ha seleccionado su stock con habilidad y diligencia" [ATIYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), p. 180].

247) Por otra parte, es suficiente con que el comprador en parte confie en la habilidad del vendedor. En *Cammell Laird & Co Ltd v. Manganese Bronze & Brass Co Ltd* (1934), los demandantes construyeron dos hélices para dos barcos de los demandados. Dichas hélices se realizaron siguiendo determinadas indicaciones de los demandantes, pero ciertos aspectos, en particular el grosor de las hélices, se dejó a los conocimientos de los demandados. Una de las hélices no funcionó a causa de sus defectos, no entrando en los aspectos indicados por los demandantes. La 'House of Lords' consideró responsables a los demandados. Por otra parte, si el comprador sabe que el vendedor sólo puede suministrarle una concreta marca de bienes, escasamente puede decirse que aquél puede confiar en la habilidad de éste. Así en *Wren v. Holt* (1903), en donde en Tribunal de Apelación consideró evidente que el comprador no confió en la pericia del vendedor. Pero, una simple sospecha de que el vendedor sólo puede suministrar un cierto tipo de bienes no es suficiente para excluir su responsabilidad. En *Manchester Liners Ltd v. Rea* (1922), los demandados suministraron carbón para el barco de los demandantes. Dicho carbón fue inadecuado y los vendedores fueron declarados responsables, pese a que los compradores tenía fundamento para sospechar que los vendedores podían tener dificultad para suministrar el tipo de carbón adecuado por causa de una huelga de ferrocarriles [cfr. ATIYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 180-183; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 353-354].

248) Suele citarse el caso *Griffiths v. Peter Conway Ltd* (1939). El demandante contrajo dermatitis del abrigo Harris Tweed que compró del demandado, teniendo por causa su piel inusualmente sensible, puesto que el abrigo no dañaba a una persona normal. El comprador alegó que el abrigo no era

responsabilidad del vendedor se considera objetiva ('strict liability') (249).

Sin embargo, esta 'condition' sólo opera, si la venta ha tenido lugar dentro de la actividad del vendedor, y no, si es privada. Adviértase, que este último requisito también lo es de la condición de la 'merchantable quality' [Sect. 14 (2) SGA] (250). Asimismo ambas 'conditions' tienen en común que el vendedor garantiza no sólo los bienes objeto de compraventa, sino además el envoltorio en que aquéllos son entregados, incluso si dicho envoltorio continúa de propiedad del vendedor (251).

---

adecuado para el propósito para el cual se requirió (su uso personal). El Tribunal de Apelación rechazó ese argumento, basándose, en que la sensible piel del demandante hacía el uso requerido tan especial, que él no había hecho conocer al vendedor el propósito para el cual requería el abrigo, en un sentido relevante. Dicho caso fue diferente del conocido en *Ashington Piggeries Ltd v. Christopher Hill Ltd* (1972), en el que se compró comida para animales que resultó dañina. La 'House of Lords' hizo responsables a los vendedores, porque, aunque la comida era especialmente tóxica para los visiones a los que el comprador destinó la comida, era evidente que también era perjudicial para otros animales [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 183-185; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 348-351].

249) En *Frost v. Aylesbury Dairy Co Ltd* (1905), la leche vendida para uso familiar resultó tener un germen, que sólo podía descubrirse mediante una prolongada investigación científica. Los vendedores argumentaron, que no podían descubrirlo en el ejercicio de un razonable cuidado. Esto fue rechazado por el Tribunal de Apelación. En el mismo sentido *Kendall v. Lillico* (1969) [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 187-189; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), p. 348].

250) La Sect. 14 (5) SGA establece una excepción y es cuando un agente, que actúa en el curso de su negocio, vende algo de otro que no actuó en el curso de su negocio y el comprador conoce o es razonable que conozca, antes de la celebración del contrato, la condición privada del vendedor [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 146-147, 186 y 193; MACLEOD "Consumer Sales Law" (1989), pp. 344-345].

251) En *Gedding v. Marsh* (1920) se dijo, que el vendedor respondía del agua mineral y de las botellas que la contenían, éstas de propiedad del vendedor. Otro caso es *Wilson v. Rickett Cockerell & Co Ltd* (1954), en el cual, el demandante compró una tonelada de carbón, y ésta resultó tener oculta una sustancia explosiva, que le causó importantes daños, siendo éstos estimados. Refiriéndose a las palabras "goods supplied under the contract" (cfr. supra notas n.º 239 y 245), Lord Denning afirmó: "La sección se aplica a todos los bienes entregados, tanto si

4) Una 'implied condition or warranty' (252), sobre la cualidad o idoneidad a un propósito particular, puede ser añadida al contrato de venta por el uso [Sect. 14 (4) SGA] (253).

[62].- En cuanto a los remedios del comprador, por la infracción de alguna de las anteriores normas, nótese que la SGA de 1979 califica la mayoría de los deberes del vendedor de 'conditions', lo cual permite, al comprador, la desvincularse del contrato (254). Ahora

---

son conformes al contrato como si no: esto es, en este caso, a todo el envío, incluyendo la pieza dañosa, y no simplemente el carbón". También dijo, que "el carbón no es comprado como una masa. Es comprado en sacos o por peso o por tonelada. El envío es entregado como un total y debe ser considerado como un total, no en partes. Un saco de carbón, el cual contiene oculto un detonador, no es adecuado para ser quemado y ningún sofisma puede conducirnos a creer que es adecuado" [ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), pp. 152-154; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), p. 344].

252) Recuérdese supra, la nota n.º 233.

253) Sect. 14 (4) SGA: "An implied condition or warranty about quality or fitness for a particular purpose may be annexed to a contract of sale by use".

254) La Sect. 31 (2) SGA establece una regla especial para las compraventas, en las que la obligación del vendedor consiste en pagos parciales, siendo éstos separadamente pagados por el comprador. En el caso de que el vendedor cumpla defectuosamente uno o más pagos parciales, o que el comprador rehuse la entrega de uno o más pagos parciales, depende de las circunstancias del contrato y del caso, el que el comprador pueda rechazar todo el contrato, o sólo tenga derecho a una reclamación de daños, sin repudiar el contrato [Sect. 31 (2) SGA: "Where there is a contract for the sale of goods to be delivered by stated instalments, which are to be separately paid for, and the seller makes defective deliveries in respect of one or more instalment, or the buyer neglects or refuses to take delivery of or pay for one or more instalment, it is a question in each case depending on the terms of the contract and the circumstances of the case whether the breach of contract is a repudiation of the whole contract or whether it is a severable breach giving rise to a claim for compensation but not to a right to treat the whole contract as repudiated"]. Adviértase que esta Sect. 31 (2) SGA se aplica tan sólo a aquellas compraventas en las que el vendedor realiza pagos parciales y el comprador paga por cada uno de ellos. Sin embargo, ATYAH señala que probablemente las mismas reglas se aplicaran en virtud del 'common law' en los casos en los que el contrato sea divisible y no haya pagos parciales, o el comprador no pague el precio de cada uno de los pagos del vendedor [en general sobre las compraventas divisibles e indivisibles, ATYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed.,



bien, ese derecho lo pierde, si acepta los bienes, que se le han entregado [Sect. 11 (4) SGA].

La Sect. 35 (1) SGA contempla tres casos en los que se considera que el comprador acepta la cosa. Son: 1) si el comprador así lo comunica al vendedor; 2) si el comprador hace, a propósito de los bienes entregados, cualquier hecho inconsistente con la propiedad del vendedor; y 3) si el comprador retiene los bienes entregados durante un lapso de tiempo razonable, sin comunicar su rechazo al vendedor (255).

Asimismo, según la Sect. 51 (1) SGA (256), el comprador cuenta con una acción de indemnización, por los daños y perjuicios que haya podido sufrir. A propósito de esta acción indemnizatoria, la SGA recoge los principios generales que en el 'common law' informan esta materia (257).

Finalmente, en la SGA se localiza una de las excepciones a la regla del 'common law', de que el lesionado por el incumplimiento no cuenta con una acción de cumplimiento 'in natura', sino con una indemnizatoria (258). Se trata de la Sect. 52 (1) SGA que permite a los jueces imponer una ejecución específica, si es

---

(1990), pp. 489-494].

255) Sect. 35 (1) SGA: "The buyer is deemed to have accepted the goods when he intimates to the seller that he has accepted them, or (except where section 34 above otherwise provides) when the goods have been delivered to him and he does any act in relation to them which is inconsistent with the ownership of the seller, or when after the lapse of a reasonable time he retains the goods without intimating to the seller that he has reject them" [al respecto ATIYAH "The Sales of Goods", 8.ª ed., (1990), las pp. 499-512, en las cuales, entre otras cosas, se analizan los problemas de coordinación entre esta Sect. 35 y la Sect. 34, que trata del derecho de examen de la cosa por el comprador].

256) Sect. 51 (1) SGA: "Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery".

257) Sobre el Derecho inglés véase el trabajo de PANTALEON "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991), pp. 1017 ss.

258) Nos remitimos a lo ya dicho supra, en nota n.º 99.

que así lo consideran adecuado y se trata de una cosa específica cuando la celebración del contrato, o después (259).

[63].- Tras este breve bosquejo sobre la compraventa del Derecho inglés, podemos retener ciertas ideas a modo de síntesis.

La primera es destacar cómo los problemas relativos a las anomalías cualitativas de la cosa se perciben desde la perspectiva de la insatisfacción del comprador --bien que en un caso sea la esperable según mercado ['merchantable quality'; Sect. 14 (2) SAG 1979], bien que en otro, sea la del concreto comprador ['fitness'; Sect. 14 (3) SGA 1979]--.

Situarse en la perspectiva de que el contrato celebrado no es la vía idónea que permite satisfacer el interés del comprador, explica que su protección no se vea limitada a los defectos materiales, intrínsecos a la cosa, y que vaya más allá, en concreto, a la utilidad que ésta pueda reportarle.

La segunda idea es, que esa perspectiva de enfoque, desde la insatisfacción del comprador, puede justificar que la SGA de 1979 no dé expresa relevancia al carácter específico o genérico de la compraventa. Esto llama más la atención, si tenemos en cuenta, que la SGA de 1979 sí que diferencia ambos modelos de compraventa, a efectos de la determinación, de cuándo adquiere el comprador la propiedad [Sect. 17 y 18 SGA] (260). En la cuestión de las anomalías cualitativas de

---

259) Sect. 52 (1): "In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages".

Véase ATIYAH "The Sales of Goods", 8.<sup>a</sup> ed., (1990), pp. 552-554; MACLEOD "Consumer Sales Law", (1989), pp. 802-803.

260) Sect. 17 (1) SGA: "Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred"; Sect. 18 SGA: "Unless a different intention appears, the following are rules for ascertaining the intention of the parties as to the time at which the property in the goods is to pass to the buyer. Rule 1.- Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state (...); Rule 2.- Where there is a contract for the sale of specific goods and the seller is bound to do something to the goods for the purpose of putting them into a deliverable state (...); Rule 3.- Where there is a contract for the sale of specific goods in a deliverable state but the seller is bound to weigh, measure, test, or do some other act or thing with reference to the goods for the purpose of ascertaining the

la cosa, la SGA de 1979 sólo tiene presente el carácter específico de la compraventa, a propósito de la posibilidad de una acción de cumplimiento 'in natura'.

**3. El desenvolvimiento del régimen de la compraventa genérica a partir de los criterios ofrecidos por la doctrina.**

[64].- Hemos de tratar de distintos aspectos.

**3.1. El régimen de la compraventa genérica, según la mayoría de los autores: posibilidad de utilizar las acciones generales de incumplimiento hasta el momento de la especificación.**

[65].- En las obligaciones genéricas, el vendedor ha de entregar una cosa que pertenezca al género pactado, que posea la cantidad determinada en el contrato, y que carezca de defectos o vicios. Si el objeto entregado no reúne estas tres exigencias, podemos hablar de un incumplimiento del vendedor, lo que en principio desencadena, en favor del comprador, las acciones generales de incumplimiento. Estas son, recordémoslo, las acciones de cumplimiento (art. 1096.II CC), resolutoria (art. 1124 CC) e indemnizataria por daños y perjuicios (art. 1101 CC).

Hemos de diferenciar los defectos, que podemos llamar "defectos del objeto de cumplimiento" (los del párrafo anterior), de los "defectos del género". Los primeros se caracterizan, porque el objeto entregado es defectuoso, si lo comparamos con

---

price (...); Rule 5.- (1) Where there is a contract for the sale of unascertained or future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract, either by the seller with the assent of the buyer or by the buyer with the assent of the seller (...)"

el resto de objetos que pertenecen al género pactado. Por ejemplo, la máquina ofrecida en pago no alcanza la potencia X, que se determinó como elemento conformador del género. Lo peculiar a este tipo de defecto es que el concreto objeto de cumplimiento, en principio, es el único defectuoso. En cambio, los segundos, los que hemos llamados defectos del género, se caracterizan, porque todos los objetos que pertenecen al mismo son defectuosos. Por ejemplo, todas las máquinas del género pactado no alcanzan la potencia X, que las partes presupusieron obtener con cualquiera de ellas. La entrega de una concreta máquina no puede calificarse de incumplimiento, puesto que pertenece al género. La problemática que plantea los defectos del género se aproxima, más bien, a la de los defectos en las obligaciones específicas. Lo que ocurre en estos casos es que, en el momento de la perfección del contrato, se consideró que el género satisfacía el fin del comprador incorporado al contrato, descubriéndose posteriormente, que ello no era así (261).

Nuestra atención se centra en los defectos del objeto de cumplimiento de las obligaciones genéricas, que como acabamos de decir, desencadenan la aplicación del régimen general de las

---

261) Más adelante tenemos en cuenta estos "defectos del género", en los n.ºm. 147 y ss.

Implícitamente alude a este tipo de defectos PASQUAU LIANO, cuando dice: "Acaso pudiera hablarse de nulidad por error en los casos de defectos de concepción del producto: éste es conforme a su descripción, pero los resultados de utilidad prometidos no se obtienen en ninguno de los productos del mismo género por una concepción defectuosa o, incluso, por una publicidad engañosa. En tales casos, obsérvese, ni la sustitución ni la reparación podrán satisfacer al adquirente; tan sólo le servirá la devolución del precio y la indemnización de daños" ["La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2), marginal 422, nota n.º 4].

acciones de incumplimiento, en el momento del pago. El desenvolvimiento de estas acciones plantea algún que otro problema, a los que de inmediato aludimos.

a) Ante el ofrecimiento en pago de una cosa que tiene defectos, el comprador, si se percata de ello, puede rechazarla (ex art. 1166 CC) y exigir el correcto cumplimiento al vendedor.

No plantea dudas, que el ejercicio de esta acción permite al comprador exigir la sustitución de la cosa, por otra del género que carezca de defectos. Si en el patrimonio del vendedor hay cosas del género, el comprador puede pedir su entrega; en cambio, si no las hay, el funcionamiento práctico de la acción de cumplimiento se complica. No obstante esto, el comprador también puede optar por procurarse él mismo la cosa en el mercado y hacerse reintegrar su precio por el vendedor (art. 1096.II CC) (262).

Es dudoso que en las obligaciones genéricas sin más, la acción de cumplimiento englobe la reparación del objeto. Téngase en cuenta que jurídicamente, tales obligaciones consisten en un puro dar, y a estos efectos es irrelevante que el vendedor (deudor) sea quien por lo general, haya tenido a su cargo la actividad de selección del objeto para el posterior pago (especificación). En cambio, si la obligación genérica presupone un previo hacer (el caso del vendedor, fabricante del bien), entendemos que la reparación, como modalidad de la acción de cumplimiento del comprador, es factible (263). Sin embargo, si

---

262) Recuérdese lo ya dicho a propósito de este art. 1096 CC, supra, n.ºm. 27 y 28.

263) Así, por ejemplo, MORALES MORENO, cuya opinión exponemos, infra, en nota n.º 609; también se lo plantea ORTI, infra,

desde una estricta perspectiva dogmática todo ello parece correcto, desde la de la práctica, puede ser cuestionable esta forma de operar.

Es interesante recordar aquí la Convención de Naciones Unidas, celebrada en Viena el 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que preceptúa, que la acción de cumplimiento permite al comprador, en todo caso y con el límite de lo que sea razonable, exigir la reparación del objeto, y sólo, si el incumplimiento del vendedor es esencial, aquél podrá optar por la resolución del contrato (264). Si bien en las compraventas internacionales el vendedor suele vincularse al cumplimiento de toda una serie de obligaciones accesorias (transporte, seguro), en la mayoría de ellas la prestación principal, y por tanto, la caracterizadora, consiste en el simple dar (265).

Cuestión distinta es, si el vendedor puede ofrecer al comprador la reparación del objeto entregado, en lugar de su sus-

---

n.ºm. 74; e igualmente la doctrina italiana, aunque en relación al saneamiento por vicios ocultos, infra, nota n.º 879.

264) Se trata del art. 46.3 CV 1980, que transcribimos infra, en nota n.º 1079.

265) Pero esta CV de 1980 también se aplica a compraventas en las que hay un previo hacer por parte del vendedor. Su art. 3 dice: "1) Se consideran compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura. 2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra". Sobre el ámbito de aplicación de la CV, infra, en nota n.º 1030.

titución, por otro del género. Podemos responder afirmativamente, siempre y cuando de esta manera se logre la plena satisfacción del comprador y se haga dentro de un período de tiempo prudencial; además, no ha de suponer inconvenientes excesivos para el comprador. Parece oportuno que haya un control judicial.

b) Con carácter alternativo a la acción de cumplimiento (art. 1124.II CC), el comprador puede optar por la resolución de la compraventa, si el incumplimiento del vendedor reúne ciertos requisitos. Es algo no discutido, que no todo incumplimiento permite, sin más, la desvinculación contractual.

Cada vez es mayor el número de autores, a los cuales nos sumamos, que claramente afirman, que la acción resolutoria opera al margen de criterios de imputación basados en la culpa del deudor, y de aquí que consideren, que el simple hecho del incumplimiento grave o de cierta entidad (lo que se determina según el caso concreto), faculta al acreedor (comprador) a resolver el contrato (266).

A propósito de la resolución, podemos cuestionarnos la posibilidad de que el vendedor incumplidor ofrezca el cumplimien-

---

266) Así, DIEZ-PICAZO, "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 704-705 y 718-720; PANTALEON, "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991), pp. 1047-1048; ORTI, "La protección", p. 393; DELGADO ECHEVERRÍA, en Lacruz y otros, "Elementos II-1.º", 2.ª ed., pp. 271-273; CARRASCO, "Comentarios Edersa XV-1º", p. 394; MONTES PENADES, "Comentarios Edersa XV-1º", pp. 1231-1238. No obstante, estos autores también aluden al límite de la regla que opera en la compraventa sobre la pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa (al respecto, cfr. infra, la nota n.º 624).

Cercano, pero en distinta línea, CLEMENTE MEORO, "La resolución de los contratos por incumplimiento", (1992), pp. 163-175, especialmente las pp. 172-175.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca del carácter subjetivo u objetivo con que funciona la acción resolutoria, cfr. también esa nota n.º 624.

to de la obligación (sustitución, reparación) al comprador, y su eficacia frente a éste. El Código civil no contempla directamente esta posibilidad. Sin embargo, puesto que el art. 1124.III CC permite, que el Juez señale al deudor un plazo para cumplir, siempre que haya causa justificada y pese a la resolución ejercitada por el acreedor, podemos entender que, al menos en ciertos casos, ese ofrecimiento del vendedor puede tener eficacia. Sin embargo, esto debe verse con carácter restrictivo. No hemos de olvidar que ha habido un incumplimiento; tampoco, el interés del comprador, quien desde luego habrá de contar con garantías suficientes acerca de la seriedad y eficacia del pago. Además, deberá fijarse un plazo razonable para el cumplimiento, y, es oportuno el control del órgano judicial.

Otra vez la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, es un ejemplo de norma que contempla y admite el posible cumplimiento del vendedor, cuando ya ha vencido la obligación, aunque, para ello, impone ciertos límites (art. 48 CV) (267).

c) Por último, con carácter acumulativo a las acciones de cumplimiento y resolutoria (art. 1124.II CC), y siempre y cuan-

---

267) Art. 48 CV 1980: "1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 [acción resolutoria; en parte transcrito, infra, en nota n.º 1080], el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención. (...)". Véase el comentario de F. GALLETTA, sobre este art. 48, en NLCC, (1989), pp. 219-222.



do el comprador sufra daños, consecuencia del incumplimiento, éste cuenta con una acción indemnizatoria.

Tradicionalmente se ha considerado que esta acción, referida a las obligaciones genéricas, operaba con criterios próximos a la responsabilidad objetiva, lo que destacaba, por cuanto que al mismo tiempo se entendía que el sistema general de responsabilidad contractual funcionaba con criterios de imputación subjetivos (diligencia exigible, culpa, dolo) (268). Sin embargo, de un tiempo para acá, el pensamiento de la doctrina española está evolucionando en favor de entender que la responsabilidad contractual opera, en gran medida, con criterios de imputación objetivos (269). Esto implica, que el carácter predomi-

---

268) Así lo resalta JORDANO FRAGA, en "La responsabilidad contractual", (1987), pp. 426-442.

269) Recientemente, DIEZ-PICAZO resalta y explica la manera en que esta evolución ha tenido lugar. Afirma que "la doctrina y la jurisprudencia española se encuentran situadas, con carácter predominante, en lo que se puede llamar la línea subjetivista tradicional, que interpreta nuestro sistema como un sistema de responsabilidad por culpa" (p. 576). No obstante, este sistema subjetivo de responsabilidad ha contado siempre con ciertos paliativos, como son la inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor (art. 1183 CC), la admisión de la responsabilidad por los actos de los auxiliares, etc. El primer intento de ruptura con este sistema de responsabilidad subjetivo, señala DIEZ-PICAZO, es obra de Puig Brutau; otro segundo intento procede de Jordano Fraga. Tras exponer una serie de regímenes especiales de responsabilidad del deudor del Código civil, como punto de partida de una reconstrucción del problema (la de fondistas y mesoneros, la del depositario, la del comodatario, etc; entre ellos menciona, por lo que nos afecta, a la del vendedor por el saneamiento por vicios ocultos y a la del deudor de obligación genérica), DIEZ-PICAZO expone su opinión acerca de cómo opera la acción de indemnización por daños y perjuicios. A su entender, el límite de la responsabilidad contractual del deudor está en el caso fortuito (art. 1105 CC). Pero, no entiende el caso fortuito como equivalente a no culpa del deudor, sino como eventos que rompen "la relación de causalidad existente entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor", y como "eventos o hechos exteriores, que queden fuera del ámbito o marco de control del deudor" (p. 590). A continuación y a fin de esclarecer la noción de caso fortuito, DIEZ-PICAZO expone una serie de supuestos, sobre los que suele discutirse su posible o no calificación

nantemente objetivo de la responsabilidad surgida por el incumplimiento de obligaciones genéricas ya no destaca como peculiaridad inherente a este tipo de obligaciones.

---

como caso fortuito ('factum principis', auxiliares del deudor, huelga de los trabajadores, eventos naturales, etc) ["Fundamentos II. Las relaciones obligatorias", pp. 576-597].

En esta misma línea tendente a la objetivación de la responsabilidad contractual, se encuentra PANTALEON, quien precisa que la acción indemnizatoria requiere, "primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable a la falta de cumplimiento (p. 1043). En nota, aclara que "imputación subjetiva" no se identifica con "responsabilidad subjetiva". Más abajo, el presente autor afirma: "en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la 'esfera de control del deudor' (que engloba los sub-criterios del 'hecho propio' y del 'hecho de los auxiliares en el cumplimiento') y del 'riesgo implícitamente asumido al contratar'" (p. 1069). Entre los ejemplos que pone a continuación se encuentra "el deudor de cosas genéricas" (cfr. la siguiente nota, la n.º 270) ["El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991)].

Asimismo, necesariamente, hemos de mencionar a JORDANO FRAGA, que entiende que la responsabilidad surge del hecho objetivo del incumplimiento. Lo dice el propio art. 1101 CC, cuando se refiere a aquéllos "que de cualquier modo contraviniere el tenor" de las obligaciones. Constatado este incumplimiento material, procede entonces el juicio de responsabilidad y es aquí en donde entran en juego las normas de los arts. 1105 y 1182 CC que señalan, cuando el deudor no responde, pese al incumplimiento. Ahora bien, mientras el art. 1105 contempla el caso fortuito como supuesto de exoneración de responsabilidad, el 1182 CC lo hace como supuesto de extinción de la obligación, (caso fortuito en sentido amplio). De acuerdo a esto, si el deudor no quiere responder frente al acreedor, señala JORDANO FRAGA, tendrá que probar que hubo un caso fortuito que no le es imputable y que le impidió el cumplimiento de la obligación (prueba liberatoria; art. 1183 CC). En cambio, no le es suficiente al deudor, a fin de exonerarse de la responsabilidad por incumplimiento, la prueba de que no tuvo culpa o que fue diligente. Tan sólo en las obligaciones de hacer, de actividad, el deudor no responde, si demuestra que fue diligente, pero esto no es una prueba liberatoria de la responsabilidad, sino que es la prueba del cumplimiento de la obligación ["La responsabilidad contractual", (1987), pp. 110-112 y 226-240, pero se trata de una idea presente a lo largo de toda la obra].

Esta idea de la fuerte responsabilidad del vendedor (carácter objetivo), en las obligaciones genéricas, se traduce, en que éste no se exonera por el simple hecho de que tenga serias dificultades para proveerse del género determinado en la obligación (por ejemplo, sus proveedores fallan en el suministro, hay una subida de los precios en el mercado, etc) (270).

[66].- Este régimen de la obligación genérica (el poder rechazar la cosa ofrecida en pago, y el posible ejercicio de las acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria, por el comprador), brevemente expuesto, cuenta, según el parecer mayoritario de nuestra doctrina, con el límite temporal de la especificación (271). Producida ésta, suele afirmarse, que el régimen de la hasta entonces obligación genérica se transforma, siendo aplicable, desde ese mismo momento, el que es propio a

---

270) Así, DIEZ-PICAZO: "En ellas [en las genéricas], (...) se aplica la regla 'genus nunquam perit', en virtud de la cual las dificultades del deudor para proveerse de los géneros con que cumplir la prestación por él debida no pueden ser tenidas en cuenta, como causas de exclusión de su responsabilidad y, en ningún caso, para liberarle de la obligación contraída. Podrá, en algunos casos, derivar de tales dificultades la aplicación de los remedios de la llamada cláusula 'rebus sic stantibus' o la de la desaparición de la base del negocio, pero no existe liberación del deudor. Por lo que se refiere a la responsabilidad, es notorio también que, respecto de este tipo de obligaciones, sólo puede darse la mora y que sólo el 'factum principis' puede ser un impedimento que excluya la responsabilidad por daños" ["Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 585]. E igualmente PANTALEON: "El deudor de cosas genéricas corre el riesgo de obtenerlas en el mercado: no puede exonerarse probando que su proveedor le falló, los precios subieron y, por ello, suministrar las mercancías debidas le suponía un sacrificio patrimonial imprevisto; ni que las mercaderías con que había planeado cumplir se perdieron fortuitamente, y carecía de medios financieros para obtener otras sustitutorias" [ADC, (1991), p. 1070].

271) Infra, nota n.º 273.

la obligación específica. Esto es, el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss CC).

Dada la gran relevancia del concepto especificación, por las consecuencias jurídicas que desencadena, conviene que nos detengamos en él.

### 3.2. La especificación como límite del régimen particular de la compraventa genérica.

[67].- A efectos del pago, la obligación genérica, necesariamente, ha de concretarse en una o varias cosas del género. Es decir, llegado el momento del cumplimiento, la inicial indeterminación del objeto debe desaparecer (272). Cuando esto tiene lugar y se cumplen determinadas exigencias, se entiende que la obligación genérica se ha especificado. Pero la especificación no sólo significa simple identificación material del objeto de cumplimiento, sino algo más: Que la obligación genérica sufre una importante transformación, por cuanto que se convierte en una de carácter específico. Este cambio justifica que desde entonces se aplique el régimen de la obligación específica (273).

272) HERNANDEZ GIL dice: "(hay prestaciones genéricas, pero el pago o cumplimiento nunca lo es)" ["Derecho de Obligaciones-I" p. 132].

273) Así, DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", p. 297; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 156; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", pp. 169-170; F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), pp. 656 y 660; HERNANDEZ GIL, quien además afirma: "Esta conversión de la naturaleza de la obligación [de genérica a específica] supone una novación que queda exactamente comprendida en los términos del artículo 1203, cuando establece que las obligaciones pueden modificarse 'variando su objeto'" ["Derecho de Obligaciones-I", p. 135]. Esta tesis es criticada por MOREU: "Con todo, en mi opinión, el tema de la especificación debe situarse más acá que la teoría de la novación, o incluso que la de la modificación de las obligaciones, porque para que haya modificación de una relación obligatoria es necesario que se altere el esquema de los dere-

Por otra parte, es claro que entendida así, la especificación conlleva el fin del 'ius electionis'.

Pese al importante significado jurídico de la especificación, las normas generales de las obligaciones del Código civil no la regulan. Posiblemente, la causa de ello está, en que este cuerpo legal no dedica a las obligaciones genéricas un apartado separado, lo que ya señalamos en su momento (274). De aquí, que para la solución de los problemas que la especificación suscita (quién la hace, cuándo, etc), haya de acudirse a la doctrina de los autores, puesto que en esta materia, además, el Tribunal Supremo tampoco se ha mostrado muy prolífico.

Nótese, que la construcción del concepto de la especificación se hace con carácter general, siendo en consecuencia apli-

---

chos y deberes de las partes o que se modifiquen las reglas de conducta a las que éstas deben atenerse, y tales cosas no suceden con la elección y notificación de la misma si, precisamente, se presupone que, según nuestro Código, existe la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento" ["En defensa del criterio de especificación unilateral notificada", ADC, (1985), pp. 32-33].

En cuanto al Tribunal Supremo, éste dice en la sentencia de 13 de junio de 1944, que "en el curso del pleito nadie ha puesto en duda la naturaleza genérica de la obligación originariamente, ni es dudoso tampoco que después ha mantenido el mismo carácter, porque si es cierto que la obligación genérica puede ser matizada por circunstancias que la transformen a ciertos efectos en obligación específica mediante la individualización o la delimitación del género en alguna de sus múltiples formas (...)" (cdo n.º 3).

Para el Derecho portugués, VARELA afirma idéntica idea: "A concentracao do objecto da prestacao representa um momento capital na vida da obrigacao, que passa de obrigacao generica a obrigacao especifica. O obrigado passa a dever doravante apenas a coisa determinada dentro do género, e já nao qualquer outra do mesmo género" ["Das Obrigações em geral", vol. I, 7.ª ed., (1991), p. 819].

274) Recuérdese supra, n.ºm. 5 y 17.

cable, sin más, a la compraventa genérica, que no presenta aquí peculiaridad alguna.

### 3.2.1. Fuentes de la especificación.

[68].- Ante la ausencia de una norma general con rango de ley, la autonomía de la voluntad, con sus límites intrínsecos de la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), desempeña un importante papel en la determinación de quién y en qué momento tiene lugar la especificación. Si no se manifiesta con carácter expreso, los arts. 1281 a 1289 CC, relativos a la interpretación de los contratos, deben tenerse muy en cuenta.

En defecto de que las partes se hayan pronunciado sobre la especificación, habrá de acudirse a los usos jurídicos con rango de costumbre (art. 1.3 CC), que pueden contener alguna norma sobre este punto. Es interesante la STS de 2 de julio de 1973, que, si bien no lo califica de costumbre, sino de "práctica mercantil frecuente", afirma, que en casos de ventas hechas de plaza a plaza y en las que la medición es una tarea ardua, suele ocurrir que el vendedor hace la especificación unilateralmente, estando sometida al posterior control del comprador (275).

### 3.2.2. Quién hace la especificación.

---

275) La transcripción de esta STS de 2 de julio de 1973 se hace infra, en nota n.º 757.

[69].- Puede ser una única persona, bien el deudor, bien el acreedor, bien incluso un tercero. Nada impide en principio, que pueda ser hecha por alguna de estas tres personas (276). En los casos en que la especificación compete al deudor o al acreedor, suele decirse que ésta tiene carácter unilateral. Asimismo, puede ocurrir que la especificación tenga que realizarse entre el deudor y el acreedor, hablándose en este otro caso de especificación bilateral (277).

276) CASTAN dice que la especificación también puede tener lugar "c) Por la pérdida de todas las cosas del género menos una; caso en el que, por necesidad, habrá de recaer sobre ella la obligación" [CASTAN/GARCIA CANTERO, "Derecho civil español-III", p. 170]. En el mismo sentido, F.J. SANCHEZ CALERO, RDP, (1980), p. 659. También, PEREZ GONZALEZ/ALGUER, pensando en las obligaciones "genéricas delimitadas" ["e incluso, tratándose de obligaciones genéricas delimitadas, cabe que la obligación quede individualizada por caso fortuito que, destruyendo parte del género delimitado, concentre la prestación sobre la parte subsistente", "Enneccerus, 1.ª ed. española", p. 35], y, SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.ª", pp. 99-100. Recordemos que Winscheid sostiene diferente opinión, afirmando que la obligación genérica no se concentra en el único objeto del género, que no pereció y que la obligación sigue siendo por ello genérica [cfr. supra, n.ºm. 16].

En principio, somos de la opinión de este último autor. Es verdad, que si el deudor quiere cumplir habrá de conseguir esa única cosa del género. Pero no creemos, que la obligación genérica se especifique sin más y en todo caso en aquélla. Así, si dicha cosa está en el patrimonio de un tercero, a éste no le afecta la obligación genérica del deudor y acreedor. Y si dicha cosa está en el patrimonio del deudor, piénsese, por poner un ejemplo, en el caso del deudor, que tiene distintas deudas con diferentes acreedores de cosa del mismo género, siendo posible defender la no especificación. Tan sólo en el caso en que subsista la única cosa del género en el patrimonio del deudor y éste sólo esté obligado con una sola persona, podríamos entender que puede producirse la especificación.

En el Derecho portugués, el art. 541 CCP 1966 señala, como posible causa de concentración, la extinción parcial del género ["quando o género se extinguir a ponto de restar apenas uma das coisas nele compreendidas"]. VARELA señala que para aplicar ese precepto "basta con que reste una cantidad igual o inferior a la debida" [p. 821; "Das obrigações em geral", vol. I, 7.ª ed., (1991), pp. 821-822].

277) HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", p. 135.

La ya mentada STS de 13 de junio de 1944 (supra, nota n.º 273) señala el carácter bilateral de la especificación, para el caso de que conoce. Dice: "es preciso reconocer que no hay en

Ante la ausencia de norma en el Código civil y si la obligación nada dice, los autores se plantean a quién se atribuye la elección de la cosa. Suelen entender que compete al deudor (278) (vendedor, en nuestro caso).

---

autos elemento alguno de juicio acreditativo de tal transformación por acto bilateral de separación o apartamiento del aceite vendido de la masa mayor (...)" (cdo n.º 3).

Para el Derecho italiano, recoge las diferentes posturas sostenidas por la doctrina, MAJELLO, "L'individuazione nella vendita di genere", RDC, (1957), pp. 196 ss. El art. 1378 CC ital. 1942 regula la especificación a los efectos de determinar, cuando tiene lugar el traspaso de la propiedad, no indicando cómo ésta ha de tener lugar, si las partes nada dicen, al mismo tiempo que hace especial referencia a la compraventa en la que media un transporte ("Trasferimento di cosa determinata solo nel genere. Nei contratti cha hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti. Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo a un altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere". Una regla especial para la compraventa, se encuentra en el art. 1465.III ("Contratto con effetti traslativi o costitutivi. (...) Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata").

278) Por este mismo criterio se inclina el legislador suizo en el art. 71.1 CO suizo 1911: "Si la chose n'est déterminée que par son genre, le choix appartient au débiteur, à moins que le contraire ne résulte de l'affaire". También el art. 539 CCP 1966: "(Determinação do objecto) Se o objecto da prestação for determinado apenas quanto ao género, compete a sua escolha ao devedor, na falta de estipulação em contrário".

De forma implícita en el § 243.(2) BGB, que señala que la especificación de la obligación genérica se produce, si el deudor ha hecho todo lo preciso para la realización de la prestación ["Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache"]. Esto supone la existencia de dos requisitos para que tenga lugar la especificación: a) La cosa elegida debe ser adecuada a las exigencias de la obligación genérica pactada. Y b) el deudor debe haber desenvuelto toda la actividad requerida para el cumplimiento de la obligación [LARENZ, "Lehrbuch des Schuldrechts. I Allgemeiner Teil", 14.ª ed., (1987), p. 153; MEDICUS, "Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., (1987), p. 90].



Los argumentos, que por lo general se ofrecen, pueden reducirse, básicamente, a los tres siguientes.

a) La invocación del 'favor debitoris'. Se parte de lo gravoso de la obligación genérica para el deudor, en cuanto que asume el riesgo de la pérdida parcial del género, su posterior encarecimiento en el mercado, etc (279); y de aquí que se admita, salvaguardando los intereses del acreedor, el favorecer, en la medida de lo posible, la posición del deudor. Uno de esos posibles aspectos favorables consiste en admitir, que él pueda elegir la cosa.

b) La aplicación analógica del art. 1132.I CC, que para las obligaciones alternativas atribuye la elección al deudor, salvo que expresamente se conceda al acreedor. Pese a la diferente estructura que uno y otro modelo obligacional poseen, se considera que en este tema --el de la persona que selecciona el objeto para el pago-- comparten una evidente similitud (280).

c) Finalmente, se admite la aplicación analógica del art. 875 CC, que, para el legado genérico y si el testador nada dispone, atribuye la elección al heredero (281), y éste es deudor

---

279) Cfr. supra, n.ºm. 46 a 48.

280) No se olvide que en las breves pinceladas históricas dadas sobre la obligación genérica (supra, n.ºm. 6 a 19) constatamos precisamente su estrecha relación con la obligación alternativa, planteándose, entre otras, la cuestión de su posible independencia. Sin embargo, este argumento de la sustancial similitud no se admite, como de inmediato exponemos en el texto, a propósito de la llamada especificación unilateral y anticipada del deudor.

Desde la perspectiva de las obligaciones alternativas, para diferenciarlas de las genéricas: RAMS ALBESA "Las obligaciones alternativas", (1982), pp. 145-148.

281) Cfr. supra, n.ºm. 37.

frente al legatario (282).

Ahora bien, este último argumento, que entendemos válido, debe ser objeto de cierta reflexión. Su fuerza reside, en que en un concreto tipo de obligación genérica, la surgida por legado, el Código civil dispone expresamente, que la elección de la cosa, a efectos del pago, es del deudor (heredero). Esta regla, específica de un tipo de obligación genérica, puede extenderse a otras de origen diferente. Pero además, si acudimos a los antecedentes del art. 875 CC (283), constatamos que este precepto tiene su apoyo en la regla, de que en las obligaciones alternativas, salvo pacto en contrario, la elección de la cosa corresponde al deudor. El art. 691.III PCC 1851 dice que, en el legado genérico, la elección corresponde al heredero (284). En su comentario, García Goyena explica, que "ha parecido haber mas sencillez y consecuencia en seguir aquí (...) la regla general adoptada en los arts. 1052 y 1053". Este art. 1052 PCC 1851 atribuye, en las obligaciones alternativas, la elección al deudor, si nada se indica. Esto justifica que García Goyena afirme, que "'La elección corresponde al deudor' y de consiguiente al heredero" (285). Este breve recorrido de los antecedentes del art. 875 CC ofrece apoyo a la aplicación analógica

---

282) Estos tres argumentos los hemos extraído de los siguientes autores: HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", pp. 133-134; F.J. SANCHEZ CALERO, ADC, (1980), p. 657; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 96-97; CASTAN/GARCIA CANTERO "Derecho civil español-III", p. 169.

283) Cfr. supra, nota n.º 131.

284) Está reproducido supra, en nota n.º 131.

285) GARCIA GOYENA, "Concordancias", p. 372.

del art. 1132.I CC, que algunos autores defienden.

Por otra parte, téngase en cuenta además, que la opinión, de que en la obligación genérica la elección es del deudor, tiene en su favor la historia. En este sentido, recuérdese por ejemplo, a Pothier, a Windscheid y a Sánchez Román, por referirnos a autores de círculos diferentes, quienes así lo daban a entender (286). No se olvide tampoco, que la especificación no es una simple facultad del deudor, sino un deber encaminado al cumplimiento (287).

En conclusión, todos los escasos datos normativos que pueden manejarse, se dirigen a la misma solución: Salvo disposición en contrario, la elección corresponde al deudor (vendedor).

### 3.2.3. Momento de la especificación.

[70].- Puede tener lugar en el mismo momento del cumplimiento de la obligación, o en el inmediatamente antecedente. También es posible que, si media un período de tiempo entre el nacimiento y la ejecución de la obligación, la especificación tenga lugar en un momento anterior al pago.

Conectando la anterior regla de que la elección de la cosa pertenece al deudor, si no se dice lo contrario, con el momento en que la misma tiene lugar, la doctrina se cuestiona, si, en el caso de que las partes nada digan, opera como regla la espe-

---

286) Cfr. supra, para Pothier el n.ºm. 14, para Winscheid el n.ºm. 16, y para Sánchez Roman, el n.ºm 17.

287) DIEZ-PICAZO/GULLON, "Sistema-II", p. 157.

cificación unilateral y previa al cumplimiento por el deudor, con notificación al acreedor.

La respuesta que se dé tiene relevantes consecuencias prácticas, que la doctrina centra en el tema de la pérdida sobrevvenida y fortuita de la cosa. Recordemos que, mientras en la obligación genérica ese riesgo es del deudor, lo que se traduce, en que otra vez tendrá que procurarse cosas del género para cumplir, en la específica, el riesgo es del acreedor, puesto que en tal caso la obligación se extingue (288). Y, en este cambio de reglas a que la especificación conduce, adviértase la importancia práctica, de que el deudor (vendedor) pueda especificar su obligación, por poner un ejemplo, con una antelación de dos o más semanas a la fecha de cumplimiento.

Tempranamente, Pérez Gonzalez y Alguer, apoyándose en el art. 1452.III CC, admitieron la regla de la especificación unilateral y previa del deudor (289).

---

288) Cfr. supra, n.ºm 45 y ss.

289) PEREZ GONZALEZ/ALGUER: "El problema de si la individualización es o no posible en un momento anterior al cumplimiento de la prestación no está resuelto con carácter general en nuestro C.c.. Desde luego, ninguna razón se opone a que pueda así establecerse por las partes (...). Ahora bien, el art. 1452 ap. 3 dispone que (...). De ahí pudiera inferirse que al menos en cuanto al supuesto que regula el art. 1452 ap. 3 --y nada se opondría a entenderlo por analogía a otros-- el Código acepta al parecer la doctrina de la separación" (p. 35). Estos autores, cuando hablan de la doctrina de la separación, emplean una terminología alemana: "Desde el punto de vista práctico sólo tiene importancia la cuestión de si la individualización es o no posible en un momento anterior. (...) Por el contrario, ya en el derecho común era muy discutido si la limitación podía hacerla también el deudor por acto unilateral. Surgieron frente a frente la teoría de la separación representada por THÖL, que exigía la separación de una cosa determinada frente al acreedor, y la teoría de la entrega de IHERING. El C.c. no se ha adherido por completo a ninguna de estas dos teorías, sino que el § 243 ap. 2 exige que "el deudor haya hecho lo indispensable por su parte para la prestación de semejante cosa" [p. 32, "Enneccerus, 2.ª ed. española"; para el Derecho alemán, cfr. supra, la nota n.º 278].

Con posterioridad, sin embargo, la mayoría de los autores han negado que la misma opere en defecto de voluntad expresa de las partes. Rechazan el argumento del art. 1452.III CC, porque éste tan sólo abarca las obligaciones genéricas de cosas fungibles, con lo que tendría carácter limitado. Pero además, es que ese artículo sólo precisa el momento en que el riesgo pasa al comprador, sin pronunciarse sobre cómo ha de llevarse a cabo la individualización. También niegan que en esta cuestión puedan aplicarse analógicamente las normas de las obligaciones alternativas (290).

Sin embargo, hace relativamente poco tiempo (1985), nos encontramos con que se vuelve a defender, esta vez por obra de Moreu, la regla de la especificación unilateral y previa del deudor, si las partes nada dicen, ofreciéndose para ello toda una serie de argumentos.

Este autor considera, que el art. 877 CC (en el legado genérico, "una vez hecha la elección, [ésta] será irrevocable") ofrece un argumento, a favor de la especificación del deudor previa al cumplimiento (291). Igualmente lo es el art. 1452.III CC, referido a la compraventa genérica (292). Aunque este artí-

---

290) HERNANDEZ GIL "Derecho de Obligaciones-I", pp. 134-135; F.J. SANCHEZ CALERO, ADC, (1980), pp. 657-658; SANCHO REBULLIDA en Lacruz y otros "Elementos II-1.º", pp. 97-99.

291) MOREU: "siempre quedará (...) que del artículo 877 cabe deducir un importante argumento en favor de la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento" [p. 11; "En defensa del criterio de especificación unilateral y notificada", ADC, (1985), pp. 6-12].

292) Dice MOREU: "la verdadera razón de la diferencia entre los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1452, la razón a la vez más simple y más convincente de dicha diferencia es el que la peculiar fijación del precio 'con relación al peso, número o medi-

culo puede interpretarse, tanto a favor de la bilateralidad, cuanto de la unilateralidad de la especificación, Moreu se inclina por lo segundo (293). Por último, es partidario de la aplicación analógica del art. 1133 CC, previsto para las obligaciones alternativas ("la elección no producirá efectos sino desde que fuere notificada"), el cual presupone una especificación unilateral (294).

---

da' hace presumir al legislador, salvo que otra cosa resulte claramente de la interpretación negocial, que la venta se consideró como genérica por las partes. A la inversa, la venta hecha aisladamente por un solo precio, 'o sin consideración a su peso, número o medida' se presume venta específica por el legislador, aunque se trate de cosas fungibles. La verdadera razón de la diferencia de regulaciones entre los párrafos 3.º y 2.º del artículo 1452 es que mientras en el uno juega el principio 'genus nunquam perit', en el otro no" [ADC, (1985), p. 15; recuérdese la opinión contraria de Cossio, que defiende el supuesto de hecho de la compraventa específica para el tercer párrafo del art. 1452 CC (supra, nota n.º 82); cfr. también las notas n.º 83 y n.º 175].

293) Afirma: "De estas dos interpretaciones divergentes, una favorable tendencialmente a la llamada teoría de la separación bilateral (al menos 'algo más' que la mera separación unilateral) y otra favorable a la teoría de la separación unilateral ¿cuál debe prevalecer? La cuestión se presenta ciertamente delicada" (p. 22). Y poco más abajo responde: "Pero, a pesar de estos argumentos, esta primera teoría, favorable tendencialmente a la separación bilateral, me parece menos fundada que la propuesta en segundo lugar y favorable a la separación unilateral como modo de especificación de las obligaciones genéricas" (p. 23). También: "El artículo 1452, párrafo 3.º, en suma, es explicable más fácilmente suponiendo que acoge el criterio de especificación de las obligaciones genéricas por mera separación unilateral, que suponiendo acoge algunas de las fórmulas de la llamada separación bilateral" [p. 24; ADC, (1985), pp. 17-25, especialmente las pp. 22-25].

294) En este sentido, señala: "Nuestra doctrina (...) se ha planteado si sería o no aplicable en el tema, por analogía, el artículo 1133, que claramente presupone una concentración por declaración unilateral para el caso de las obligaciones alternativas. (...) Pues bien, nuestros autores, cuando se plantean esta cuestión, afirman siempre la imposibilidad de realizar una tal aplicación analógica del artículo 1133 al régimen de las obligaciones genéricas. Sin embargo, parece que ni el análisis histórico de la cuestión ni el análisis estrictamente técnico del modo de funcionar ambas clases de obligaciones justifican esa opinión negativa de la doctrina" (p. 25). Asimismo: "En

### 3.2.4. Unidad o pluralidad temporal de la especificación, según los efectos que determina.

[71].- En general, la especificación de la obligación genérica se concibe como un concepto global y único, en el sentido, de que ésta tiene lugar de una misma forma para todos los efectos que desencadena la transformación de la obligación genérica en específica. Frente esto, Orti afirma que, "si para los efectos del traspaso del riesgo la especificación unilateral es válida, nunca lo es a los efectos del cumplimiento, para lo cual se exige el concurso del acreedor o en caso de negativa a recibir, la suplencia judicial. En nuestra opinión, es posible hablar de especificación a los efectos del traspaso del riesgo y de especificación a los efectos del cumplimiento" (295).

### 3.3. El régimen de la compraventa genérica, según la opinión particular de algunos autores: ampliación de la utilización de las acciones generales de incumplimiento.

---

fin, como puede verse en todo este esbozo histórico de la cuestión, todos los datos apuntan a la fuerte justificación que presentaría una aplicación analógica del artículo 1133 a las obligaciones genéricas, en cuanto a la determinación del momento preciso de su especificación. Y a la misma conclusión parece apuntar, como indicaba al principio de este epígrafe, el análisis técnico del modo de funcionamiento de las obligaciones genéricas y de las alternativas" [p. 29; ADC, (1985), pp. 25-30].

295) ORTI, "La protección", p. 100. No obstante, también dice: "A pesar de lo expuesto, lo normal es que los efectos de la especificación no se disocien sino coincidan" (p. 102; en general, las pp. 95-102).

[72].- Con distinto alcance, esta tesis la defienden R. Bercovitz y A. Orti.

### 3.3.1. La tesis de R. Bercovitz.

[73].- Limita su opinión al supuesto, en que el vendedor sabe que la cosa ofrecida en pago adolece de vicios. En tal caso, "queda (...) eliminada la aplicación de las acciones edilicias puesto que el comprador contará con quince años para devolver la cosa y pedir un cumplimiento exacto o resolver el contrato" (296).

### 3.3.2. La tesis de A. Orti.

[74].- Su trabajo versa sobre la construcción del régimen jurídico de la compraventa genérica, en el tema de las anomalías cualitativas de la cosa (297). En su opinión, éste difiere del de la compraventa específica: mientras a ésta le son aplicables las acciones edilicias, a la genérica lo son las generales del incumplimiento. No da expresa relevancia al hecho de que el vendedor conociera o ignorara la existencia de vicios en la co-

---

296) R. BERCOVITZ, "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", ADC, (1969), p. 832. Esta afirmación la hace pensando, tanto en el caso de vicios aparentes, cuanto en el de vicios ocultos, dado, que en ambos no existe una confianza del vendedor que merezca protección. Este criterio, añade R. BERCOVITZ, no parece extensible a la compraventa mercantil, aunque lo considere aconsejable de "lege ferenda".

Infra, en el n.ºm. 100, desarrollamos su postura, cuando el vendedor desconoce que la cosa adolecía de defectos.

297) ORTI "La protección" p. 84.



sa, ofrecida en pago.

Teniendo presente que el Código civil apenas regula la obligación genérica (298) y que la doctrina civil tampoco la presta especial atención (299), Orti afirma que el vendedor ha de entregar una cosa con las cualidades del género pactado. Este deber existe en la compraventa genérica, tanto antes de su especificación, cuanto si ya se ha especificado. La especificación no transforma la naturaleza genérica de la obligación, en el sentido de que haya un cambio de régimen jurídico (las acciones edilicias), como defiende la mayoría de los autores. La obligación del vendedor existe antes y después de la especificación. De aquí que, a diferencia de la compraventa específica, en la genérica es indiferente el carácter aparente u oculto del defecto en la cosa, puesto que el vendedor responde, en ambos casos, por incumplimiento de la obligación de entrega (300).

---

298) ORTI "La protección", p. 267.

299) "La venta de cosa genérica es la gran olvidada por los civilistas" [ORTI "La protección", p. 260].

300) Por ejemplo: "hace emerger por sí sola nuestra opinión, de que la obligación del vendedor de entrega de una cosa que se ajuste a lo pactado, subsiste más allá de la especificación, pues éste es un acto ineludible para poder realizar la entrega, pero que no hace cambiar la finalidad perseguida por el comprador y el contenido del contrato de compraventa de una cosa genérica, en el que hasta que se extingan las obligaciones y responsabilidades diamantes, crea una obligación de entrega de una o varias cosas de determinadas cualidades (a falta de determinación de las cualidades medias) y en el que tanto da que la falta a lo debido sea aparente, como que sea oculta y se revele después. El vendedor en los dos casos habrá infringido su obligación" (pp. 111-112). También: "No creemos que la cualidad de aparente u oculto del defecto provoque diferencias tan drásticas en las acciones de que dispone el comprador. La cuestión fue tratada en los capítulos II y III de este trabajo, en el sentido de que de acuerdo con la jurisprudencia del T.S., cualquiera que sea la índole del defecto, el vendedor incumple la obligación de entrega y el comprador puede acudir a las acciones del art. 1124. Entre el defecto aparente y el oculto no existe más diferencia que el diverso momento en que el compra-

Todo esto, afirma Orti, encuentra apoyo en el Código de comercio, texto, que a diferencia del civil, sí que regula la compraventa genérica. Para los defectos aparentes, el art. 336.III CCO recoge las acciones "rescisoria" (resolutoria), de cumplimiento e indemnizatoria, que coinciden con las generales de incumplimiento del Código civil (art. 1124 CC). Y, para los defectos ocultos, aunque el art. 342 CCO no especifica las acciones del comprador, Orti coincide con la doctrina que se remite a las del art. 336.III CCO (<sup>301</sup>).

En la construcción del régimen de la compraventa genérica, Orti afirma la necesidad de que el comprador denuncie el defecto de la cosa al vendedor (presupuesto previo al ejercicio de acciones) (<sup>302</sup>). Esto lo justifica, en que así lo impone ("indirectamente") la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código de comercio, aplicado vía analogía (<sup>303</sup>). El fundamento

---

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

dor descubre el defecto, el primero coetáneamente a la entrega y el segundo transcurrido un tiempo mayor. Esta mínima diferencia no constituye base suficiente para aplicar consecuencias divergentes para uno y otro supuesto" (pp. 259-260; cfr., asimismo, la p. 249; ORTI, "La protección").

301) ORTI "La protección" pp. 361-362.

Sobre esta cuestión de las acciones nos detenemos más abajo, en el Cap. III (cfr. el n.ºm. 182). Por ahora baste decir que otros autores entienden que la laguna, que el art. 342 CCO tiene acerca de las acciones, debe integrarse con las edilicias del art. 1486 CC.

302) ORTI, "La protección", p. 303. No obstante, excluye la necesidad de la denuncia, cuando el comprador "directamente, ejercita la acción judicial contra el vendedor, pero siempre que fuese dentro del plazo de denuncia. En este caso, en realidad, no es que no se exija la denuncia, sino que el ejercicio de la acción vale también como denuncia" (op. cit., p. 302; también, p. 305).

303) ORTI, "La protección", pp. 295-299.

de la denuncia de los defectos está, entre otros, en que destruye el aparente cumplimiento o pago, que en su momento supuso la entrega de la cosa, y que después se constata incorrecto, ante el descubrimiento del defecto (304).

En cuanto a los medios de defensa de los que dispone el comprador, Orti distingue los de carácter extrajudicial, de los judiciales (305). Entre los primeros sitúa el rehusé de la mercancía y la suspensión del pago del precio (306).

En los segundos se encuentra la acción de cumplimiento, que Orti admite en sus diferentes modalidades, como son: a) El cumplimiento 'in natura' o sustitución de la cosa, sólo para el caso de los "defectos muy graves" (307). b) La reparación de los defectos de la cosa, cuya admisión, reconoce Orti, implica

---

304) Dice así: "La denuncia resulta necesaria, fundamentalmente, con objeto de destruir la apariencia de cumplimiento regular que suscita en el vendedor la entrega y aceptación de la cosa por el comprador" [p. 306; ORTI, "La protección", pp. 306-312].

305) ORTI, "La protección", p. 345.

306) ORTI, "La protección", pp. 347-351.

307) Dice: "En nuestra opinión, (...) creemos que la acción de sustitución ha de admitirse en aquellos supuestos de defectos muy graves, que del lado del comprador suponen un importante grado de insatisfacción, y para los cuales creemos, que los argumentos de protección del comercio antes esgrimidos, no deben prevalecer y consecuentemente, cercenar, la vía natural de exigir una entrega correcta. En estos supuestos el interés del comercio debe ceder ante la justa pretensión de los compradores. Por lo demás, se trataría de admitir la acción de sustitución en casos supuestamente excepcionales, en los que no existirían razones suficientes para negar este remedio defensivo" (pp. 365-366). La justificación de este límite a la acción sustitutoria, entiende ORTI, está en el principio "de protección del comercio, para el que sería muy lesivo un indiscriminado derecho a reclamar la sustitución" (p. 366) ["La protección", pp. 353-370, especialmente las pp. 364-367].

"prescindir de los conceptos", dado que la obligación del vendedor consiste sólo en dar, y no en hacer <sup>(308)</sup>. No obstante esto, diversos argumentos le inducen a defender esta posibilidad en las ventas de objetos nuevos y duraderos. Así, según el "Derecho consuetudinario", todo fabricante ha de ofrecer "garantía de reparación gratuita de los eventuales defectos que puedan surgir durante un período de tiempo" <sup>(309)</sup>. Además, la reparación no conlleva inconvenientes perjudiciales para el tráfico y el comercio, "constituye la única vía en la que el comprador puede encontrar una adecuada y satisfactoria solución a su interés", y, el art. 11.3.a) LGDCU reconoce expresamente este derecho al comprador consumidor <sup>(310)</sup>. c) Por último, la acción de cumplimiento por equivalente pecuniario, que, según Orti, tiene carácter subsidiario <sup>(311)</sup>.

El comprador dispone, asimismo, de la acción resolutoria (art. 1124 CC). Para Orti, esta acción sólo puede esgrimirla el

---

308) En este sentido, afirma ORTI: "Pero insistimos, que para construir la acción a que nos referimos, necesariamente hay que prescindir de los conceptos, pues con arreglo a estos, tal acción es absolutamente indefendible. En efecto, ningún argumento de carácter conceptual esgrimido para defender esta acción, resiste la irrefutable afirmación de que, el vendedor, cuya obligación consiste sólo en un dar, resulte obligado al 'face-re' que supone la reparación de los defectos, es decir, a una prestación extraña al contenido típico de las obligaciones derivadas de la compraventa" ["La protección", pp. 370-371].

309) ORTI, "La protección", pp. 375-376. Insiste, cuando señala, que "en nuestra opinión, la situación socio-económica expuesta nos parece suficientemente demostrativa de la existencia de un uso jurídico sobre la obligatoriedad por parte de fabricantes y vendedores de objetos nuevos y duraderos de responder de la reparación de los defectos" (op. cit., p. 376).

310) ORTI, "La protección", pp. 376-379.

311) ORTI, "La protección", pp. 379-382.

comprador, cuando los defectos de la cosa son graves (idéntico límite al de la acción de sustitución). Los criterios que permiten determinar la gravedad del defecto son fundamentalmente de carácter objetivo (entidad del defecto, obtención del fin perseguido en el contrato, o criterio funcional) (312).

Complementando a las anteriores acciones, el comprador cuenta, además, con la de indemnización por daños y perjuicios (313). También puede ejercitar una acción de rebaja del precio, que a diferencia de en la compraventa específica, en la genérica, es excepcional: sólo cuando no sea posible el cumplimiento en forma específica. Orti justifica esta excepcionalidad, entre otras cosas, en que la entrega de una cosa con defectos es un incumplimiento del vendedor, lo que desencadena la aplicación de las acciones por incumplimiento, entre las cuales, no se encuentra la de rebaja del precio, "especie de revisión de la relación obligatoria" (314). Por otro lado, el comprador puede ejercitar, como medio de defensa, la 'exceptio non rite adimpleti contractus' (315).

---

312) ORTI, "La protección", pp. 386-407, especialmente, las pp. 393-396.

313) ORTI, "La protección", pp. 420-424.

314) Textualmente: "Consideramos, por tanto, que la revisión del precio constituye una tutela extraña a la compraventa de cosa genérica que debe ser excluida de manera general. Ello no quiere decir que no pueda, excepcionalmente, admitirse para aquellos supuestos en que no sea posible el cumplimiento en forma específica" [p. 384; ORTI, "La protección", pp. 383-386].

315) ORTI, "La protección", pp. 407-420, en donde también analiza el derecho del comprador a suspender el pago del precio. Esta 'exceptio' cuenta con alguna que otra peculiaridad: "Ciertamente la exigencia de previa denuncia o protesta del defecto para la oponibilidad de la excepción en caso de defectos, constituye una especialidad respecto de la excepción de incumplimiento total, ya que en este otro caso ese presupuesto no existe" (op. cit., p. 414).

Finalmente, en cuanto a los plazos de ejercicio de las acciones, Orti considera, que la aplicación de las acciones generales de incumplimiento conduciría, como hace el Supremo, al de quince años (art. 1964 CC). Sin embargo, este plazo le parece excesivo. En opinión del autor, es necesario diferenciar tipos de objetos y fijar una lista de plazos (no es igual un bien deteriorable y otro que no lo sea; uno simple y otro complejo), que no deben sobrepasar los cuatro o cinco años. Pero esto es competencia del legislador, y entre tanto, "ha de adoptarse una solución transitoria, que no puede ser otra que la de dejar el tema del plazo al prudente arbitrio de los Tribunales en el caso concreto" (316).

#### **4. El desenvolvimiento del régimen de la compraventa específica.**

[74 bis].- También hemos de tratar de distintos aspectos.

##### **4.1. Los argumentos favorables a que la compraventa específica es el supuesto de hecho de las acciones edilicias.**

[75].- Los arts. 1445 y ss CC, reguladores de la compraventa, no suelen precisar el modelo en que piensan (si el genérico o el específico). No obstante esto, una serie de argumentos avallan la afirmación, de que la compraventa específica constituye,

---

316) ORTI "La protección" pp. 424-429.

en la mayoría de los casos, el supuesto de hecho de tales normas.

a) Uno se encuentra en el tenor literal de los arts. 1445 y ss CC.

Si bien el Código civil emplea, para referirse al objeto de la compraventa, unas expresiones que en sí mismas pueden referirse tanto a la específica, cuanto a la genérica --"cosa de terminada" (317), "otra cosa" (318), "cosa objeto del contrato" (319), "cosa vendida" (320)-- comparadas con las que este mismo cuerpo legal emplea para referirse a la compraventa genérica, en el caso de que ello así se admita ("si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida") (321), tiene uno la sensación de que el modelo que está en el trasfondo de los arts. 1445 y ss es el específico.

Añádase que ciertos artículos, que podemos considerar claves, contemplan tan sólo la compraventa específica. Así, por ejemplo, el art. 1468 CC, que señala que "el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato".

---

317) Cfr. art. 1445 CC.

318) Cfr. art. 1446 CC.

319) Cfr. arts. 1450, 1453, 1460 CC.

320) Cfr. arts. 1452.1, 1453, 1462, 1463.2, 1465, 1467, 1468, 1469 CC.

321) Cfr. art. 1452.III CC; recuérdese que A. Cossio entiende que este art. 1452.III CC sólo contempla un especial tipo de compraventa específica: aquélla cuyo precio se determina en atención a que las cosas sean pesadas, contadas o medidas (supra n.ºm. 26, nota n.º 82).

Asimismo, si comparamos esas expresiones del Código civil con las de los arts. 325 y ss CCO, que regulan la compraventa mercantil, y lo más normal es que ésta sea genérica, se reitera la sensación de que el Código civil tan sólo considera a la compraventa específica (322).

b) Otro argumento lo ofrecen los antecedentes históricos de los arts. 1445 y ss CC.

Es opinión común afirmar que la regulación de la venta en el Código civil responde, en gran medida, a la compraventa diseñada en el Derecho romano justineano. La influencia se produce a través de distintos cauces. Por un lado, están las Partidas, fuertemente romanizadas (323), las cuales son muy tenidas en cuenta por la doctrina española del XIX anterior al Código civil. Por el otro, el Código civil francés de 1804 que, aunque con mayores discrepancias que el nuestro, también tuvo presente al Derecho romano, a través de la obra de Domat y, sobre todo, de la de Pothier. Y en el Derecho romano, como ya dijimos (324), el contrato consensual de la 'emptio-venditio' se construyó sobre la compraventa específica, mientras que la adquisición de géneros parece que funcionó mediante la 'stipulatio'.

---

322) El CCO, para aludir al objeto de la compraventa, suele hablar de "géneros" o "mercaderías". En cambio, el art. 342 CCO, que regula el saneamiento por vicios ocultos ("internos") y se sitúa, por tanto, en el momento en que la obligación genérica ya está especificada, habla de "cosa vendida", expresión que emplea el CC. Sobre este argumento literal insistimos infra, si bien desde otra perspectiva, en n.ºm. 162.

323) Sobre las mismas puede consultarse FERNANDEZ ESPINAR "La compraventa en el Derecho medieval español", AHDE, (1955) pp. 239 ss.

324) Supra, n.ºm. 8.



c) En tercer lugar, finalmente, si no trasladamos a las acciones edilicias del art. 1486 CC, aspecto que nos interesa, es opinión unánime de nuestra doctrina, que el supuesto en el que tiene sentido la aplicación de esas acciones es la compraventa específica (<sup>325</sup>), siendo indiferente, según el parecer

---

325) Entre otros, por ejemplo, A.M. MORALES: "Las normas del saneamiento por vicios ocultos del Código civil se adaptan, como en sus orígenes romanos, a la compraventa de cosa específica, e incluso, casi siempre, conocida del comprador al contratar" [ADC, (1980), p. 592; también "Comentario CC-II" p. 954]; R. BERCOVITZ: "El artículo 1484 está redactado pensando también en la compraventa de bienes específicos ('defectos ocultos que tuviere la cosa vendida'), pero no hay dificultad en extenderlo a la compraventa de bienes genéricos. Basta con entender que en ésta se trata de poner remedio al vicio o defecto de la cosa entregada y no de la vendida" [comentario a la STS de 9 de abril de 1984, CCJC, n.º 5, p. 1598; transcribimos la continuación de este texto, infra, en nota n.º 425]; ORTI: "Pero no es nuestro propósito hacer una crítica de los plazos de las acciones edilicias, cuya brevedad acaso esté más justificada, teniendo en cuenta, según nuestro criterio, que tales acciones sólo se aplican a la venta de cosa específica" ("La protección", p. 425); ALFARO: "Incluso en cuanto a los remedios que el Código civil ofrece en caso de vicios ocultos, se está pensando en cosas específicas" ["Las condiciones generales de la contratación", (1991), p. 367]; también PRATS ALBENTOSA, que, aunque sus afirmaciones se refieren a la compraventa en general, está implícitamente pensando en las acciones edilicias: "Del mismo modo, en el contrato de compraventa se produce idéntico fenómeno: el codificador civil reguló de modo preferente la compraventa de cosa específica --a diferencia del codificador mercantil que contempló como objeto de su regulación la compraventa de cosa genérica-- adecuándose perfectamente el régimen de este contrato a las circunstancias del objeto del mismo" ["La entrega de cosa diversa a la pactada ('aliud pro alio') como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", RGD, junio, (1992), n.º 573, p. 5095]; asimismo, con un carácter genérico, pero refiriéndose básicamente a las acciones edilicias, PASQUAU LIAÑO: "La compraventa de cosa específica es la que principalmente estaba en la mente de los redactores del Código [civil]" ["La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo"], AC, (1990-2), marginal 421]; en la misma línea, RUBIO GARRIDO: "En la compraventa de cosa específica, que es el modelo que predomina en el C.c., por su influjo desde el Derecho romano y por los condicionamientos socio-económicos (...)" [ADC, (1990), fasc. III, p. 891].

mayoritario, que la compraventa fuera específica desde el mismo momento de su celebración, o que, inicialmente genérica, se haya especificado posteriormente (326).

#### 4.2. El saneamiento por vicios ocultos: breve exposición del mismo.

[76].- Como acabamos de ver, si la compraventa es específica y la cosa entregada adolece de un vicio, el comprador tiene a su disposición el régimen del saneamiento por defectos ocultos.

De acuerdo al art. 1484 CC, vicio es aquel defecto que hace a la cosa impropia al uso al que se la destina, o aquél que disminuye su utilidad hasta el punto de que, si el comprador lo hubiese conocido, no la habría adquirido o habría dado menor precio. Es necesario, además, que el defecto sea grave y oculto. El vendedor no responde de los defectos aparentes, como tampoco de aquéllos, que no siendo aparentes, el comprador po-

---

326) BORREL Y SOLER dice: "de los artículos citados se desprende que el saneamiento por defectos de la cosa es aplicable así a la compra de cosas genéricas como a la de las específicas. El art. 1484 no distingue; y, al hablar de cosas, se refiere a las entregadas, tanto a las que se vendieron en calidad de específicas, como a las que se han hecho determinadas al destinarlas para cumplir la obligación de entregarlas al comprador. Las cosas genéricas que entrega el vendedor pueden adolecer de defectos que permitan exigir el saneamiento, y no hay razón para que el comprador tenga que aceptar sin protesta cosas defectuosas" ["El contrato de compraventa según el Código civil", (1952), p. 143]. En el mismo sentido que Borrell, GARCIA CANTERO, en "Comentarios Edersa-XIX", p. 369. Téngase también presente a R. BERCOVITZ, cuya opinión hemos reproducido en la nota anterior a ésta, y a RIVERO, en Lacruz y otros "Elementos II-3.º", p. 66. En cambio, recuérdese que ORTI niega la aplicabilidad de las acciones edilicias a la compraventa genérica, aunque se haya especificado (n.ºm. 74).

día fácilmente conocer por su condición de perito (<sup>327</sup>) (art. 1484 final CC).

Junto a lo anterior, la doctrina suele precisar la necesidad de que el vicio exista, a más tardar, en el momento de la celebración del contrato (<sup>328</sup>). Los defectos de la cosa, cuyo origen se encuentre en un momento posterior al de la celebración, se sitúan en otro ámbito: o en el de la atribución de los riesgos, o en el de la responsabilidad por custodia de la cosa (<sup>329</sup>).

---

327) Sobre el concepto de perito, vid. la STS de 6 de julio de 1984, y sobre que esta condición sólo es exigible al comprador, y no a otra tercera persona, la STS de 11 de julio de 1983. Ambas son citadas infra, en la nota n.º 537.

Por otro lado, hemos de entender que el vendedor no responde de los defectos ocultos de la cosa, si el comprador los conoce, al tiempo de la celebración del contrato, por otra vía. Por ejemplo, se lo comunica un tercero, ajeno al contrato de compraventa.

328) Su prueba corresponde al comprador. Se cuestiona si, probado que el vicio existe cuando el ejercicio de la acción, puede presumirse su existencia, cuando la perfección del contrato. GARCIA CANTERO no lo admite ["Comentarios Edersa-XIX" p. 373].

Para el Derecho francés, HUET señala, en la prueba de que la cosa es defectuosa, que "una consideración de hecho jugará sin duda un papel muy importante: el tiempo más o menos largo, separando la venta y la manifestación de un fallo (...). Se observará, fundamentalmente, a propósito de objetos manufacturados. Que el defecto se revele, o un accidente se produzca poco tiempo después de la compra, y los jueces serán incitados a presumir la existencia de un vicio, o su anterioridad en relación a la venta (...). Al contrario, la utilización sin incidente durante una larga duración no puede más que invitarles a mostrarse más exigentes en la administración de la prueba" (n.º 288, p. 223). De aquí que: "se puede ser partidario de traducir esta consideración de hecho en regla de derecho y afirmar en principio que, durante un cierto tiempo, siguiente a la venta, los fallos o defectos de la cosa, así como los accidentes provocados por ella, son presumidos imputables a un vicio preexistente (...)" [n.º 289; p. 224; para la garantía contractual, que no legal, el n.º 619, pp. 429-430; HUET "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987)].

329) Sobre los diferentes requisitos del vicio redhibitorio: A.M. MORALES, ADC, (1980), pp. 632 ss., y, "Comentarios CC-II" pp. 955-957; GARCIA CANTERO "Comentarios Edersa XIX" pp. 370-

Si el defecto en la cosa reúne los anteriores requisitos, se trata de un vicio redhibitorio, ante el cual, el comprador puede optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó (acción redhibitoria), o reducir una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos (acción estimatoria) (cfr. 1486. I CC). Se trata de un concurso alternativo de acciones, de libre elección del comprador (330). Estas dos accio-

374.

Por otra parte, la STS de 16 de abril de 1959 rechaza la pretensión del vendedor, recurrente en casación, de que no puede aplicarse el art. 1484 CC, si el defecto de la cosa puede repararse sin excesivo coste, dado que, en tal caso, la cosa no es impropia al uso del comprador, o no disminuye dicha utilidad.

330) GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa XIX", p. 376. Además, cfr. la STS de 25 de enero de 1957, infra, en nota n.º 537. Esto no ocurre, por ejemplo, en el Derecho suizo, cuyo art. 205.2 CO 1911 dice: "Cuando el comprador ha intentado la acción redhibitoria, el juez puede limitarse a reducir el precio si estima que la rescisión no está justificada por las circunstancias" [sobre estas circunstancias: STANISLAS, "Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de Droit suisse", (1979), pp. 122-123; este autor dice que el artículo se basa en "una consideración de equidad"].

En cuanto al momento en que se entiende agotado este 'ius electionis', A.M. MORALES señala, apoyándose en Manresa, que "la facultad de optar se consume tras su ejercicio en el proceso" ["Comentario CC-II", p. 961]. En el Derecho francés, HUET afirma que "el adquirente puede modificar su elección en tanto que no ha sido resuelta su demanda por una decisión con fuerza de cosa juzgada, o el vendedor no ha consentido, e incluso aunque se esté en apelación (...). El podrá cambiar así de la acción estimatoria a la acción redhibitoria (...), o proceder a la inversa" [n.º 422, p. 303; véase también el n.º 424, p. 304, en donde, sin embargo, se sienta una regla parecida a la del Derecho suizo, y el n.º 421, p. 303]. Por otra parte, la jurisprudencia francesa entiende que, junto a las acciones edilicias, el comprador puede elegir la reparación o sustitución de la cosa (ejecución 'in natura'), si el vendedor es de mala fe; en el caso de que sea de buena fe, hay un límite, representado por el valor de la reducción del precio. Esto es compartido por la mayoría de la doctrina [n.º 457-469, pp. 315-320]. En cambio, la jurisprudencia francesa niega que el vendedor pueda oponer a la demanda de "resolución" (redhibición) del comprador, el ofrecimiento de reparación o sustitución de la cosa [n.º 472, p. 321]. Esto es cuestionado por HUET, en el caso en que sea "posible ofrecer al adquirente una ejecución perfectamente satisfactoria", lo cual es conforme con la buena fe [n.º 473-

nes operan, incluso aunque el vendedor ignore la existencia del vicio (cfr. art. 1485 CC). Sin embargo, si el vendedor conoce el defecto, y no lo comunica al comprador, éste, además de la anterior posibilidad, dispone de una acción indemnizatoria por los daños sufridos, si optare por la rescisión (cfr. art. 1486.II CC).

Por último, según el art. 1490 CC, las acciones contenidas en los cinco artículos anteriores se extinguen a los seis meses (331), contados desde la entrega de la cosa (332).

---

474, pp. 321-322; HUET, "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987); en el Derecho italiano, la doctrina también se plantea la cuestión del posible ejercicio de la acción de cumplimiento; al respecto, Vid. infra, nota n.º 879].

331) MORALES considera que el art. 1490 CC no incluye la acción indemnizatoria del art. 1486.II CC. Esta acción es un supuesto de responsabilidad por dolo 'in contrahendo' (el dolo incidental del art. 1270.II CC) y cuenta con un plazo de ejercicio de quince años (art. 1964 CC), puesto que se trata de una acción de naturaleza contractual [ADC, (1980), pp. 627 y 632; "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos en la cosa", ADC, (1982), p. 601; "Comentario CC-II", pp. 954, 959, 961-962 y 968; "Comentarios Edersa XVII 1.ª-B", pp. 418 y 432-434]. Por lo que respecta a la naturaleza del 'dolo in contrahendo', GARCIA RUBIO considera que si bien encaja dentro del art. 1902 CC, es admisible, aunque con dudas, el que aquél tenga naturaleza contractual, lo cual provoca la conocida cuestión "de las relaciones entre responsabilidad obligacional y responsabilidad aquiliana en los casos de producción de un hecho dañoso teóricamente encajable en los supuestos fácticos de las normas reguladoras de una y otra" ["La responsabilidad precontractual en el Derecho español", (1991), p. 171, pp. 167-172; también p. 229]. En cuanto a ASUA, que se sitúa en una perspectiva general de la responsabilidad precontractual y no sólo en el caso concreto del dolo, parece inclinarse a favor de que aquélla se basa en el art. 1902 CC, artículo cuya amplia redacción permite incluir cualquier daño consecuencia de un comportamiento ilícito ["La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)", (1989), pp. 255-260].

A diferencia de MORALES, GARCIA CANTERO sí entiende que los seis meses del art. 1490 CC incluyen la acción indemnizatoria del art. 1486.II CC ("Comentarios Edersa XIX", pp. 388-389).

La STS de 22 de diciembre de 1971 se plantea la cuestión de cuáles son los preceptos a que se refiere esa expresión de "los cinco artículos precedentes", del 1490 CC (cfr. infra, no-

**4.3. Naturaleza jurídica de las acciones edilicias e inserción de las mismas en el sistema general de acciones. Planteamiento del problema y esquema a seguir.**

ta n.º 537).

332) Se entiende que se trata de la entrega material, y no de carácter simbólico o ficticio [GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa XIX", pp. 393-394; en el mismo sentido de entrega material se ha pronunciado el Tribunal Supremo, aunque se trataba de compraventas mercantiles; cfr. infra, la nota n.º 959].

La STS de 12 de marzo de 1986 (cfr. infra nota n.º 537) destaca que el inicio del cómputo es la entrega de la cosa, en contra del criterio del comprador, adquirente de una parte indivisa de un negocio de discoteca, que pretendía que el inicio del cómputo era desde la fecha en que recibió la notificación del Gobernador civil, en la que se le ordenaba el cierre de la discoteca por infringir ciertas normas del Reglamento de Espectáculos públicos.

En cambio, la STS de 11 de junio de 1926 afirma que el plazo de seis meses del art. 1490 CC se computa desde la fecha en que ambas partes, vendedor y comprador, acabaron sus gestiones.

Por otra parte, en cuanto al modo de proceder al cómputo de los seis meses del art. 1490 CC, la STS de 22 de mayo de 1965 dice: "por tratarse de un plazo concedido por el Código civil para la viabilidad de la acción, su cómputo debe hacerse de conformidad a lo que este Cuerpo legal dispone, entendiéndose los meses, de treinta días --art. 7 [antiguo]--, y contándose incluso los inhábiles --SS de 23 de enero de 1946 y 21 de mayo de 1951--, salvo que el último del plazo también lo sea, en cuyo caso, por razón de equidad debe entenderse prorrogado el siguiente día hábil --S 24 de octubre de 1903--" (las mismas ideas se encuentran en la segunda sentencia del Tribunal Supremo, que procedió a la casación). GARCIA CANTERO también considera que los seis meses deben entenderse de treinta días, excluyéndose el inicial y transcurriendo íntegramente el final. Además, si bien no excluye a los días inhábiles, este autor afirma que es "dudoso si en el caso de serlo el último día del plazo hay prórroga al siguiente hábil por razón de equidad o si la actividad debe ejercitarse el día anterior" ["Comentarios Edersa XIX", pp. 392-393].

Sobre si estos seis meses son plazo de prescripción o de caducidad, y sobre si es posible su "interrupción", cfr. infra, las notas n.º 490 y 492.

[77].- En 1906 y en el prefacio a la tercera edición de su "Tratado de Derecho comercial", Vivante señalaba una serie de temas, posibles objetos de investigación, a fin de cubrir ciertas lagunas de la literatura jurídica italiana. Los temas los clasificaba según materias y en la de contratos aparecía en primer lugar esta cuestión: "¿Cual es la verdadera naturaleza de la acción redhibitoria? ¿Es una acción de nulidad o de resolución, o una acción de naturaleza especial?" (333).

Estas cuestiones, que con extraordinaria precisión y síntesis centran el problema, siguen plenamente vigentes, si las referimos a nuestro ordenamiento (334). Como veremos de inmediato, la doctrina española ha defendido distintas y dispares naturalezas jurídicas de las acciones edilicias. Hemos de aclarar que, si bien los diferentes estudios, en un principio, suelen pensar en la acción redhibitoria, lo cual se justifica en que, por permitir la desvinculación contractual plantea la cuestión de su coordinación con otras acciones que conducen a similar consecuencia, la conclusión que sobre la naturaleza de aquélla se defiende suele extenderse, expresa o implícitamente, a la acción estimatoria.

---

333) C. VIVANTE "Traité de Droit commercial", tome I, traduit sur la troisième édition italienne (1907-1909), Paris, (1910), pp. XXV y XXVII.

334) En este sentido, por ejemplo, RUBIO GARRIDO, quien pensando en la obligación de saneamiento del vendedor, en la que se insertan las acciones edilicias, habla de "un régimen especial de naturaleza misteriosa", aunque para él es claro que esas acciones son un régimen especial de responsabilidad contractual [sobre su tesis, cfr. infra, n.ºm. 102 y 103; "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), entre otras, las pp. 180, 290, 490, 622, 635; en la p. 305 alude a "la enigmática obligación de saneamiento"; en la p. 628 afirma que "el régimen jurídico del saneamiento no es un fósil incomprensible"; etc].

Igualmente hemos de indicar --en cierto modo lo apuntamos con la anterior cita de Vivante-- que la determinación de la naturaleza de las acciones edilicias no es un problema peculiar del ordenamiento español. Por el contrario, se trata de una cuestión viva en aquellos Derechos, de ámbito continental, que cuentan con estas acciones (<sup>335</sup>). Es más, con un cierto margen de flexibilidad, puede afirmarse que la presente cuestión comienza a cobrar clara relevancia tras las codificaciones de los derechos civiles. Esto es, a partir del momento en que en ciertos ordenamientos se cuenta con unas acciones especiales (las edilicias), frente a otras generales, (las de los vicios del consentimiento y las generales del incumplimiento), planteándose la cuestión de su posible articulación (<sup>336</sup>).

A efectos de nuestra investigación, lo relevante de identificar la naturaleza jurídica de las acciones edilicias, reside en que dicha naturaleza puede constituir un expediente que, junto con la admisión de la compatibilidad entre acciones generales y especiales, llegue a romper en este punto el régimen propio de la compraventa específica y lo aproxime al de la genérica (<sup>337</sup>).

Teniendo esto presente, la exposición que sigue desarrolla las diferentes opiniones que sobre la naturaleza de las accio-

---

335) Recuérdese el sistema diseñado por la 'Sale of Goods Act 1979', en el Derecho inglés, en donde no aparecen las acciones edilicias.

336) Esta idea es defendida por RUBIO GARRIDO: *infra*, n.ºm. 103.

337) Recuérdese el Cap. I.



nes edilicias han sido defendidas por la doctrina española. Incluimos los autores del XIX, anteriores al Código civil, porque de esta manera podemos constatar en qué medida el cambio de textos legales ha provocado una mayor atención sobre este tema, así como, un posible cambio de opiniones.

Adelantando ideas, hemos de destacar la gran variedad de posturas doctrinales encontradas (338). Así, a modo de meros ejemplos, se defiende el fundamento del error; del incumplimiento; del cumplimiento defectuoso; de la imputación legal del riesgo del carácter defectuoso de la cosa; del de normas protectoras de la causa onerosa de los contratos; y el de la responsabilidad 'in contrahendo' (339).

---

338) Un ejemplo de esto, lo ofrece el trabajo de ESPIN, "Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", RGLJ, (1967), pp. 913-940.

339) Por el contrario, no hemos localizado ningún autor que defienda una naturaleza híbrida de las acciones edilicias, como hace GHESTIN, para el ordenamiento francés. Este autor entiende que la garantía del vendedor, por los vicios ocultos de la cosa (arts. 1641 ss C.c. francés), se fundamenta, en relación a sus requisitos de apertura, en un error del comprador sobre la utilidad de la cosa, que coincide con el error vicio del consentimiento del art. 1110 C.c. francés. Para aplicar este art. 1110 C.c. francés, es preciso que el error del demandante determine su consentimiento (carácter esencial), y sea excusable. Estos dos requisitos también se requieren en la garantía por vicios ocultos. El carácter determinante del consentimiento lo resalta el art. 1641 C.c. francés, cuando exige que el vicio haga a la cosa impropia a su uso o disminuya éste, de forma "que el comprador no la habría adquirido, o no habría dado más que un menor precio, si los hubiera conocido [los vicios]". El requisito de la excusabilidad se manifiesta en el necesario carácter oculto del vicio para el comprador, en cuanto que éste se aprecia en función de su comportamiento (esta manera de argumentar se encuentra en nuestra doctrina; al respecto, infra, n.ºm. 91). La diferencia del error del art. 1110, del de los arts 1641 ss C.c. francés, es el momento en que uno y otros preceptos se fijan: el primero, en el de la formación del contrato; los segundos, cuando el comprador acepta la cosa en el momento de la entrega (ejecución).

En cambio, por lo que respecta a los efectos que desencadena la garantía por vicios ocultos, la acción redhibitoria se identifica con la resolutoria del art. 1184 C.c. francés (equi-

En cuanto a la doctrina extranjera, nuestra preferencia se centra, básicamente, en los autores franceses del XIX, dada la ya mencionada influencia del Código civil francés de 1804 en el nuestro. No obstante esto, también aludimos, aunque más escuetamente, a otras opiniones sostenidas para otros ordenamientos.

Expuestas las naturalezas que se defienden para las acciones edilicias, pasaremos a la cuestión de la compatibilidad entre acciones especiales y generales, lo cual nos permitirá constatar la posible superación de la distinción entre la compraventa específica y la genérica. Adelantemos, asimismo, que para la mayoría de nuestros autores parece que, hoy por hoy, no hay una clara superación de la distinción entre estos modelos de compraventa. Sin embargo, parece claro que están asentadas

---

valente al art. 1124 CC), y la acción estimatoria con una resolución parcial (sin embargo, en alguna ocasión, GHESTIN conecta esta acción estimatoria con una indemnizatoria) [este carácter híbrido de las acciones edilicias --error y resolución por incumplimiento-- lo defiende GHESTIN en un primer trabajo titulado "La notion d'erreur dans le Droit positif actuel" (1971), n.º 276-288, pp. 324-338, y, n.º 292, pp. 341-342; en otros trabajos posteriores, reitera con alguna que otra modificación su opinión: "Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)" (1983), n.º 195-205, pp. 183-195 ; "Traité des contrats. La vente", (1990), n.º 746-757, pp. 806-818].

Por otra parte, GHESTIN defiende un "criterio cronológico" en la relación de las acciones generales por incumplimiento (entre otros, los arts. 1147 y 1184 C.c francés), con las acciones edilicias, en el sentido de que las primeras se aplican, cuando el comprador rechaza la cosa en el momento de su entrega, por no ser conforme con lo pactado, y las segundas, las edilicias, cuando ya aceptada la cosa por el comprador, éste descubre la existencia de un vicio, hasta entonces oculto, en la cosa. De esta forma, las acciones edilicias dan respuesta al error sufrido por el comprador en la aceptación de la cosa ["Conformité ..." n.º 218-226, pp. 210-219; "Traité ..." n.º 763, pp. 822-824; este reparto cronológico, a efectos de la aplicación de acciones, también es defendido en nuestra doctrina: por ejemplo, por R. Bercovitz (n.ºm. 100) y Rubio Garrido (n.ºm. 102)].

las bases, al menos en parte, para que ello pueda tener lugar; e incluso, algún autor ya ha superado dicha distinción.

#### 4.3.1. El error del comprador como fundamento de las acciones edilicias.

[78].- De todas las fundamentaciones que se han atribuido a las acciones edilicias, ésta del error parece ser la que recibe un mayor número de adhesiones doctrinales. Asimismo, la relación entre el error y los vicios ocultos --que implica situarse en la perspectiva del comprador-- parece ser, la que más de inmediato se percibe. Ahora bien, no todos los autores coinciden en qué tipo de error justifica las acciones edilicias.

Por otra parte, hemos de destacar que el fundamento del error parece ajeno a un importante grupo de códigos civiles continentales, que prefieren situar el saneamiento o garantía por vicios ocultos de la cosa entre las obligaciones del vendedor. Son los casos, por ejemplo, del Código civil francés de 1804, los italianos de 1865 y 1942, el suizo de obligaciones de 1911, y el nuestro <sup>(340)</sup>. Este hecho, al menos en principio, parece alejarnos de la idea de error, y acercarnos a la de incumplimiento.

En este generalizado panorama, destaca, aunque sólo sea por vía de contraste, el Código civil portugués de 1966. Este claramente justifica los artículos que dedica a la venta de co-

---

340) Al respecto, el n.ºm. 93 para nuestro CC, y la nota n.º 404 para los otros Códigos.

sas defectuosas --en concreto, los 913 y ss-- en el error sufrido por el comprador y exige que se den los requisitos de aquél para anular el contrato (341).

**A. El error como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina francesa del XIX.**

[79].- Si bien algún autor ignora la posible conexión entre la garantía por vicios ocultos (arts. 1641 y ss C.c. francés) y el error (342), o niega que entre ambos pueda haber alguna rela-

---

341) El art. 913.1 CCP 1966 dice: "Si la cosa vendida sufre de un vicio que la desvalorice o impida la realización del fin a que es destinada, o no tiene las cualidades aseguradas por el vendedor o necesarias para la realización de aquel fin, se observará, con las debidas adaptaciones, lo prescrito en la sección precedente, en todo en cuanto no sea modificado por las disposiciones de los dos artículos siguientes". Esa sección anterior se dedica a la venta de bienes con cargas y su primer artículo --el 905-- preceptúa: "Si el derecho transmitido estuviere sujeto a algunas cargas o limitaciones que excedan los límites normales inherentes a los derechos de la misma categoría, el contrato es anulable por error o dolo, desde que en el caso se verifique los requisitos legales de la anulabilidad". Por otra parte, el art. 917 CCP 1966, que establece el plazo de caducidad para el caso de que la cosa adolezca de un defecto, afirma que "la acción de anulación por simple error (...)".

Ya al margen de lo anterior, hemos de señalar otras peculiaridades del Derecho portugués en lo referente a las acciones con las que cuenta el comprador. Según el art. 914 CCP 1966, "el comprador tiene el derecho de exigir del vendedor la reparación de la cosa o, si fuera necesario y ésta tuviera naturaleza fungible, la sustitución de la misma; pero esta obligación no existe, si el vendedor desconocía sin culpa el vicio o la falta de cualidades de que la cosa padece". Y, de acuerdo al art. 915 CCP 1966, "la indemnización prevista en el artículo 909 [está situado en la sección de la venta de bienes con cargas y contempla una acción indemnizatoria por causa del error del comprador, que opera al margen de la culpa del vendedor y que consiste en los daños emergentes del contrato] tampoco es debida, si el vendedor se encontraba en las condiciones a que se refiere la parte final del artículo anterior".

342) Así MARCADÉ, cuando trata del error del art. 1110 ["Explication théorique et pratique du Code civil", tome 4ème, 7ème éd., Paris, (1873), n.º 406-409, pp. 366-369], y de la garantía por vicios ocultos [op. cit., tome 6ème, 7ème éd., Paris, (1875), pp. 293-297]. Asimismo TROPLONG ["Le Droit civil

ción (343), la mayoría de la doctrina francesa del XIX sí que ve en los vicios ocultos un error. Sin embargo, no se coincide en el tipo de error justificador de los vicios ocultos: mientras unos creen que es el llamado error accidental, algún autor entiende que es el error vicio, regulado en el art. 1110 C.c. francés.

Por otra parte, téngase presente, en la exposición que sigue, que el art. 1110 C.c. francés, que regula el error vicio del consentimiento, tiene un alcance muy estricto, si se interpreta literalmente. Sólo admite, como errores que permitan invalidar el contrato, aquéllos que recaen sobre la sustancia de la cosa (344). Nótese que en la medida en que se limite el campo operativo del error vicio del consentimiento, será más difícil el que pueda coincidir con el campo de actuación de la garantía por vicios ocultos. Ahora bien, uno de los problemas

---

expliqué .... "De la Vente", tome second, 3ème éd., Paris, (1837), n.º 544-590, pp. 3-60].

343) En este sentido GUILLOUARD, quien afirma que el error sobre la sustancia supone que una parte cree encontrar en la cosa una cualidad esencial, y sin embargo, ésta carece de ella, mientras que en los vicios ocultos, la cosa es alterada, no por la falta de una cualidad, sino por la existencia de un defecto. Además, ambos se regulan por reglas diferentes: el error por los arts. 1110, 1304 y ss, y la garantía por defectos ocultos, por los arts. 1641 y ss c.c. francés ["Traité de la vente et de l'échange", tome premier, arts. 1582 à 1649, Paris, (1890), n.º 416, pp. 432-433].

344) Compárese, por ejemplo, el distinto tenor literal de los arts. 1110.I C.c. francés y 1266.I CC. El primero dice: "El error no es una causa de nulidad de la convención más que cuando cae sobre la sustancia misma de la cosa que es el objeto"; y el segundo: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

que de inmediato se planteó la Escuela de la Exégesis, a propósito del art. 1110 C.c. francés, es el de la ampliación del concepto de error jurídicamente relevante (345).

[80].- Entre los autores que conectan la garantía por vicios ocultos con el error en las cualidades accidentales, se encuentran Toullier y Demolombe (346).

a) Toullier afirma que, en el error sobre las cualidades accidentales de la cosa, la regla es que no anula el contrato, salvo que las partes hayan hecho de esa cualidad una condición del mismo (347).

---

345) GHESTIN "La notion d'erreur dans le droit positif actuel" (1971), pp. 25 y ss.

346) DURANTON no habla de error en las cualidades accidentales, sino, simplemente, de error en la cualidad de la cosa. No obstante esto, podemos entender que se encuentra próximo a la opinión de los autores que conectan los vicios ocultos con el error en las cualidades accidentales de la cosa.

Según DURANTON, el error que cae "sobre la cualidad de la cosa no da lugar, en general, a la anulación del contrato; pero si la mala cualidad degenera en vicios, entonces es necesario distinguir". Tratándose de vicios aparentes, el comprador no puede quejarse del error. "Pero, si los vicios son ocultos, y hacen a la cosa impropia al uso al cual se destinaba, o disminuyen de tal forma este uso que el comprador no habría adquirido si estos vicios le hubieran sido conocidos, hay lugar a la rescisión del contrato, o a una disminución del precio a elección del comprador (art. 1641 y 1644 combinados)" [DURANTON, "Cours de Droit civil suivant le Code français", tome sixième, quatrième éd., Bruxelles, (1841), n.º 116, pp. 33-34; para el concepto de error sobre la sustancia de la cosa, el n.º 114; pp. 32-33; en cambio, cuando expone la garantía por vicios ocultos, no la relaciona con el error, limitándose a desarrollar su régimen y cuestiones que suscita, "Cours de Droit civil suivant le Code français", quatrième édition, tome neuvième, Bruxelles, (1841), n.º 307-329, pp. 119-125].

347) Pone el siguiente ejemplo: "Yo he comprado un caballo creyéndole de raza árabe; este no es más que un caballo normando: la convención es válida" [C-B M. TOULLIER "Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code", 5ème éd., tome sixième, (1830), n.º 56, p. 61].

Pero --añade Toullier-- en ciertos casos sucede que "hay cualidades accidentales cuya ignorancia anula la convención; tales son los defectos ocultos que hacen a la cosa impropia al uso al cual se la destina, o que disminuyen de tal manera ese uso, que el comprador no la habría adquirido, o no habría dado más que un menor precio, si él los hubiera conocido (1641 y siguientes). La no existencia de estos defectos es una condición tácita y legal del contrato" (348).

b) En cuanto a Demolombe, éste parece concebir más próxima la relación entre el error en la sustancia del art. 1110 C.c. francés, y la garantía por vicios ocultos de los arts. 1641 y ss C.c. francés. Sin embargo, acaba diferenciando a ambas figuras, y relacionando los vicios ocultos con el error en las cualidades accidentales.

Según Demolombe, el error del art. 1110 C.c francés recae sobre una cualidad de la cosa, cuya ausencia la desnaturaliza, de manera que puede decirse que se trata de una cosa diferente de aquella sobre la que las partes quisieron contratar ('aliud pro alio'). En cambio, las cualidades accidentales, los simples defectos o vicios de la cosa, no la desnaturalizan, y no constituyen, pues, un error susceptible de provocar la rescisión del contrato. Ahora bien, esta última regla cuenta con una excepción: los vicios redhibitorios de los arts. 1641 a 1649 C.c francés, que son una "causa de nulidad" (349).

348) C-B M. TOULLIER "Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code", tome sixième, 5.ème éd., (1830), n.º 56, p. 61.

349) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon XXIV. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général", tome premier, 3ème éd., Paris, n.º 107, pp. 107-108.

Demolombe explica, que en Derecho, las cosas son cualificadas, no según los elementos físicos que la conforman, sino, sobre todo, según la función que suplen, de acuerdo a las necesidades del hombre y el uso al cual se destinan. Por ello, cuando una cosa adolece de un vicio, que la hace inútil al uso al cual se destina, puede considerarse que no es la misma cosa que quería la parte que erró, y ello, pese a que dicho vicio no desnaturalice la sustancia de la cosa. En suma --señala Demolombe--, la teoría de los vicios redhibitorios "reposa filosóficamente" sobre la misma base que el error del art. 1110 C.c. francés. Pero se trata de una extensión de la del error, por cuanto que "admite la rescisión del contrato por simples vicios que no desnaturalizan la sustancia misma de la cosa y que no son más que cualidades accidentales" (350).

La prueba de que el error y los vicios ocultos se aplican a dos campos diferentes, a pesar de sus afinidades, "es que el plazo para intentar la acción resultante de los vicios redhibitorios no es el mismo que el plazo para intentar la acción resultante del error sobre la sustancia". También, que los vicios ocultos no tienen lugar en las ventas hechas por la autoridad de justicia, texto que no se encuentra en el error sobre la sustancia (351).

---

350) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon XXIV. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général", tome premier, 3ème éd., Paris, n.º 107, pp. 108-109.

351) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon XXIV. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général", tome premier, 3ème éd., Paris, n.º 107, p. 109.



[81].- Sin embargo, será Laurent, quien directamente se plantee la estrecha conexión de la garantía por vicios ocultos con el error en la sustancia del art. 1110 C.c. francés. Lo curioso de esto es que para este autor, el fundamento de las acciones edilicias es el incumplimiento del vendedor, conectando tales acciones con el art. 1184 C.c. francés (equivalente al 1124 CC) (352).

Comparando error y vicios ocultos, Laurent considera que comparten una "analogía aparente", pues se diferencian en sus supuestos de hecho y en sus consecuencias jurídicas.

En cuanto al supuesto de hecho, este autor afirma que "el error vicia el consentimiento, porque la cosa carece de una cualidad que las partes han tenido, principalmente en cuenta" a la hora de contratar. En cambio, en los vicios ocultos "no hay un error sobre una cualidad sustancial" de la cosa, sino que ésta tiene un defecto que impide el servirse de ella, o que disminuye su utilidad. Es decir, cuando la cosa adolece de vicios ocultos, el consentimiento del comprador no está viciado (353).

En cuanto a las consecuencias jurídicas que ambas figuras desencadenan, Laurent señala que los efectos de la resolución, consecuencia de los vicios redhibitorios, difieren bastante de los propios de la nulidad por error (354).

---

352) *Infra*, n.ºm. 96 a 98.

353) F. LAURENT, "Principes de Droit civil", tome vingtquatrième, 3.e éd., (1878), n.º 278, pp. 272-273.

En este mismo sentido, recuérdese a GUILLOUARD, *supra*, nota n.º 343.

354) F. LAURENT "Principes de Droit civil", tome vingtquatrième, 3.e éd., (1878), n.º 278, p. 273.

De todo lo anterior podemos deducir que para Laurent, el error en la sustancia de la cosa y los vicios redhibitorios no se confunden. No obstante esto, en una breve nota referida a que los vicios redhibitorios afectan a la utilidad de la cosa, este autor hace unas afirmaciones que vienen a destruir la tesis desarrollada en el texto, acerca de la distinción entre el error en la sustancia y los vicios redhibitorios. En ella dice, que la tesis expuesta en el texto es "la doctrina tradicional; pero el error que tiene por resultado que el comprador no puede servirse de la cosa, ¿no es el más sustancial de los errores?" (355). Es evidente que con esta cuestión, Laurent viene a entender que el error en la sustancia, y la garantía por los defectos en la cosa, poseen un común campo aplicativo.

**B. El error como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina española del XIX y en la actual.**

[82].- La evolución seguida por nuestra doctrina es similar a la ocurrida en relación al Código civil francés.

En síntesis, con anterioridad al Código civil, concretamente durante la mayor parte del XIX, suele conectarse el saneamiento por vicios ocultos con el error en las cualidades accidentales de la cosa. Vigente ya el Código civil, se relaciona el saneamiento por vicios ocultos con el error vicio del consentimiento del art. 1266 CC.

---

355) F. LAURENT "Principes de Droit civil", tome vingt-quatrième, 3.e éd., (1878), n.º 278, p. 273, nota n.º 1.

### B.1. La doctrina española del XIX, anterior al Código civil.

[83].- Esta doctrina expone el saneamiento por vicios ocultos apoyándose en las leyes 63 a 66 de la P. 5.5. (356) y señala

356) P. 5.5.63: "Cómo se puede desfacer la vëndida si el vendedor encubre la servidumbre, ó el censo ó la maldad que habie en la cosa que vendió. (...) Otrosi decimos que si vendiese un home á otro algunt campo ó prado que sopiese que criaba malas yerbas et dañosas para las bestias que las pasciesen, et quando lo vendiese se callase que lo non quisiese decir al comprador, que es tenuto el vendedor por ende de tornar el prescio al comprador con todos los daños quel vinieron ende; mas si esto non sopiese el vendedor quando lo vendió, non serie tenuto de tornar mas del prescio tan solamente".

P. 5.5.64: "Cómo se puede desfacer la vëndida del siervo, si el vendedor encubre la tacha ó la maldat dél. Tacha ó maldat habiendo el siervo que un home vendiese á otro, asi como si fuese ladron, ó hobiese por costumbre de foir á su señor ó otra maldat semejante destas, si el vendedor sabia esto et non lo dixo al comprador, tenuto es de rescibir el siervo, et tornarle el prescio con los daños et los menoscabos quel vinieron ende: et si non lo sabia, debe fincar el siervo al comprador. Pero tenuto es el vendedor de tonarle tanta parte del prescio quanto fuere fallado en verdad que valie menos por razon de aquella tacha. Eso mesmo decimos que serie si el siervo hobiese alguna enfermedat mala encobierta".

P. 5.5.65: "Cómo se puede desfacer la vëndida de caballo ó de otra bestia, si el vendedor non dice ó encubre la tacha ó la maldat dél. Caballo, ó mulo ó otra bestia vendiendo un home á otro que hobiese alguna enfermedat ó tacha por que valiese menos, si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice, luego quel comprador entendiere aquella enfermedat ó tacha fasta seis meses puédele tornar al vendedor et cobrare el prescio que dió por ella, et el vendedor es tenuto de la rescibir, et tornarle el prescio maguer non quiera. Et si fasta los seis meses non demandase, despues non lo podrie demandar, et fincarie la vëndida valedera, como quier que fasta un año pueda el comprador facer demanda á aquel que la vendió la bestia quel peche ó le torne tanta parte del prescio quanto fallasen en verdat que valie menos por razon de la tacha ó de la enfermedat que era en ella; et destos plazos adelante non podrie el comprador facer ninguna de estas demandas. Et este tiempo de los seis meses et del año sobredicho se debe comenzar á contar desde el dia que fue fecha la vëndida".

P. 5.5.66.: "Cómo non puede seer desfecha la vëndida de la bestia, si el vendedor dice paladinamente á la sazón que la vende, la tacha que ha. Manifiestamente diciendo la tacha ó la enfermedat el vendedor al comprador del siervo ó de la bestia quel vende, si el comprador seyendo ende sabidor le place de la compra, et rescibe la cosa por suya et da el preescio por ella, si despues desto se quisiese repentir, non podrie, nin serie tenuto el vendedor de rescibir la cosa nin de tornar el prescio. Eso mesmo decimos que serie si se aveniesen en el

que sobre el vendedor recae la obligación de comunicar al comprador los defectos de que la cosa adolece (357).

Hemos de advertir que ya el Derecho romano aludía al deber del vendedor de poner de manifiesto los defectos de la cosa (358). También, que la doctrina española del XIX, anterior al Código civil, tiene muy en cuenta, lo cual es lógico, la regulación legada por el Derecho romano (359). Por último, las opi-

---

prescio amos á dos, et fuese fecha la vëndida en tal manera que por tacha que hobiese la bestia non la podiese desechar el comprador. Mas si el vendedor dixiese generalmiente que la bestia que vendie habie tachas, et encobriese callando las que habie, ó deciéndolas envueltas con otras engañosamente, de guisa quel comprador non se podiese ende apercibir; entonce decimos que serie tenudo de rescibir la cosa que asi vendiese, et de tornar el prescio al comprador á los plazos que deximos en la ley ante desta".

357) B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "pues un vendedor de buena fé está obligado á manifestar los vicios que hacen desmerecer una cosa" ("Códigos o Estudios fundamentales-IV, p. 357). J. ESCRICHE: "El vendedor debe manifestar al comprador, al tiempo de celebrar el contrato, todas las cargas, vicios, tachas ó defectos que no están á la vista, de la cosa que le vende" (v. Venta, "Diccionario-IV", p. 1218). S. DEL VISO: son obligaciones del vendedor "1.ª Manifestar los vicios ocultos de la cosa que vende. Leyes 63, 64 y 65, tit. V, Part. 5.ª" ("Lecciones elementales-III", p. 209; insiste en esta idea en las pp. 210 y 214); F. SANCHEZ ROMAN: "Son obligaciones privativas del vendedor las siguientes: (...) 2.ª Manifestar los vicios ocultos de la cosa vendida" ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 562).

En cambio, GOMEZ DE LA SERNA/MONTALBAN no aluden a la obligación del vendedor de decir los vicios y afirman simplemente que "el vendedor debe responder de los vicios, defectos y cargas de la cosa" ("Elementos del Derecho civil-II", p. 263).

358) D. 21.1.1.1: "Dicen los Ediles: 'Los que vende esclavos, hagan sabedores a los compradores de la enfermedad o vicio que cada uno tenga, si alguno es fugitivo o vagabundo, o si no está exento de noxa; y expresen todas estas cosas claramente y con verdad, cuando se vendieren estos esclavos (...)' [traducción de GARCIA DEL CORRAL].

359) Así lo destaca, por ejemplo, B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "Estudiada á fondo la compra-venta, dice bien Troplong, hay que hacer honor á las leyes romanas que dictaron las principales disposiciones [sic] de este contrato. Combinando entre sí dichas disposiciones presenta un ejemplo completo enteramente conforme á las exigencias de la buena fé y de la lealtad. Como última prueba de su admirable sagacidad citaremos las teorías

niones de Gregorio López están siempre presentes en la exposición de estos autores.

Si acudimos a las Partidas, podemos pensar que ese deber de manifestar, mencionado por la doctrina del XIX, fundamenta las acciones redhibitoria e indemnizatoria del comprador, y dando un paso más, podemos llegar a entender que tal deber de hablar sólo existe, si el vendedor conoce los defectos, o debía haberlos conocido. Esta primera impresión cuenta con el apoyo del tenor literal de las leyes 63 a 66 de la P. 5.5.. Si bien, sólo la ley 65 menciona expresamente la obligación del vendedor de comunicar al comprador los vicios de la cosa cuando los conoce (360), las leyes 63, 64 y 66 tienen cuenta el que el vendedor supiera que la cosa adolecía de defectos y los callase al comprador (361).

Pero esa posible interpretación es desmentida por la doctrina del XIX, anterior al Código civil. En contra del tenor literal de las leyes de Partida, algunos de los presentes autores aclaran que la acción redhibitoria, y por supuesto la esti-

---

no inventadas de improviso sino gradualmente desarrolladas, sobre la garantía del vendedor por los vicios redhibitorios. Esta indicación forma el elogio de las leyes de Partida que tomaron aquel derecho por modelo" ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 354-355).

360) P. 5.5.65: "si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice (...)".

361) P. 5.5.63: "si vendiese un home á otro (...) que sopiese (...), et quando lo vendiese se callase que lo non quisiese decir al comprador". P.5.5.64: "si el vendedor sabie esto et non lo dixo al comprador"; P. 5.5.66: "Mas si el vendedor (...) encobriese callando las que habie".

matoria, existen, aun en el caso de que el vendedor ignore que la cosa enajenada adolece de defectos (362). Esto es --y lo mismo ocurría en el Derecho romano (363)-- que el vendedor res-

362) B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "La cuestión era mas dudosa por derecho patrio, porque las leyes 63 y 65 exigen para que tenga lugar esta responsabilidad las dos circunstancias, que el vicio sea redhibitorio y que el vendedor lo sepa; pero Lopez y algunos comentadores las interpretaron extensivamente, y su opinión que sin ser estrictamente legal era equitativa ha venido a formar jurisprudencia; pues según decisión del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1863, con arreglo a la ley 65 esplicada, la acción redhibitoria ó sea la que compete al comprador de un animal cualquiera contra el vendedor para devolvérselo y cobrar su precio, si tuviese alguna mala enfermedad ó tacha porque valiese menos, es eficaz, bien que este sepa el defecto ó vicio de que adolece y no lo diga, ó bien que lo ignore" ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 358). J. ESCRICHE: "bien que si el vendedor ignoraba las cargas ó vicios, estaría exento del resarcimiento de daños y menoscabos, pero no de lo demás" [de la acción redhibitoria y de la estimatoria] (v. Venta, "Diccionario-IV", p. 1218). S. DEL VISO: "De cualquier modo que sea, nos adherimos al parecer de Gregorio López y otros intérpretes que en su comentarios á la ley 65, tit. V, Part. 5.<sup>a</sup>, sostienen que al comprador le competen las dos acciones arriba dichas [redhibitoria y estimatoria], aunque el vendedor no hubiese manifestado los defectos por ignorarlos" ("Lecciones elementales-III", p. 212). F. SANCHEZ ROMAN: "Es de advertir que no excusa de responsabilidad al vendedor que no manifiesta los vicios ocultos de la cosa vendida el ignorarlos" ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 568; cita a esa STS de 28 de marzo de 1863 en las pp. 632-633).

En cambio P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN sostienen una opinión más matizada que la de los anteriores autores. Refiriéndose a la acción redhibitoria señalan que esta acción "se dá al comprador á quien no se manifestaron el vicio ó defectos ocultos, cargas ó gravámenes que tenía la cosa vendida, contra el vendedor que los ocultó á sabiendas". Y sólo unas líneas más abajo dejan caer la afirmación de que, "por lo visto, no tiene lugar [la redhibición] cuando los defectos han sido posteriores al contrato, ni tampoco si no ha intervenido dolo de parte del vendedor", citando en nota la autoridad de Gregorio López, que señala que la acción redhibitoria opera, también si el vendedor no conoce los vicios, y la STS de 28 de marzo de 1863, que defiende la misma postura. Es decir, estos autores conocen la doctrina que admite que la acción redhibitoria no precisa que el vendedor conozca los vicios de la cosa, pero, dan la sensación de no adherirse a ella ["Elementos-II", pp. 263-264].

363) D. 21.1.2.: "La causa de proponer este Edicto es poner coto a las falacias de los vendedores, y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieren sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los Ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el

ponde frente al comprador, independientemente de su posible conocimiento de los vicios en la cosa vendida (364).

Tras lo expuesto, podemos concluir con la afirmación de que la mayoría de la doctrina española del XIX anterior al Có-

---

vendedor; y porque nada importa el comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, o por astucia del vendedor" [traducción de GARCIA DEL CORRAL].

364) No es ésta la única aclaración que la doctrina del XIX anterior al Código civil hace sobre el régimen del saneamiento por vicios ocultos contenido en las Partidas. A modo de ejemplo podemos aludir a las siguientes, las cuales cuentan con el apoyo de la autoridad de Gregorio López, autor al que la doctrina del XIX tiene muy presente, como ya apuntáramos en el texto:

a) Si bien la ley 63 de la P. 5.5., referida a los bienes inmuebles, habla sólo de que el comprador puede deshacer la venta, S. DEL VISO (p. 210), P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN (p. 265, nota n.º 1) y SANCHEZ ROMAN (pp. 567-568, nota n.º 1) aclaran que en dichas ventas también opera la acción estimatoria, como señaló Gregorio López en su glosa n.º 4. En cambio, B. GUTIERREZ FERNANDEZ apoya esta extensión, de la ley 63, en Gómez (p. 358).

b) En la ley 65 de la P. 5.5. existe una contradicción interna en cuanto que al principio, ésta habla de que, desde que el comprador "entendiera" el defecto, comienza el cómputo del plazo de las acciones edilicias, y, acaba diciendo, que ese cómputo comienza "desde el día que fue fecha la vendida". En su glosa n.º 11, Gregorio López precisó que el inicio del plazo debía entenderse desde que el comprador descubriera el vicio. Esta doctrina es recogida y asumida por B. GUTIERREZ FERNANDEZ (p. 360), S. DEL VISO (p. 213, si bien considera "más ajustada" el momento de la entrega de la cosa, como establece el art. 1412 PCC 1851), P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos-II" p. 265, nota n.º 2). En cambio, SANCHEZ ROMAN dice que los plazos de las acciones edilicias son "contados, según la opinión que parece más general y justa, desde la fecha de la consumación del contrato" (p. 569). Volvemos sobre esta cuestión del inicio del cómputo, infra, en n.ºm 173.

c) La Ley 66 de la P. 5.5. admite que el vendedor no responde del saneamiento por vicios ocultos, si el comprador renuncia al mismo. B. GUTIERREZ FERNANDEZ, apoyándose en Gregorio López, dice que tal renuncia sólo es válida si el vendedor ignora la existencia de defectos en la cosa (p. 361).

B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV"; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III"; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos-II"; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil-IV".

digo civil, desarrolla el saneamiento por vicios ocultos sin plantearse la cuestión de su posible naturaleza. Por tanto, ni consideran al error como una de sus posibles fundamentaciones, ni tampoco ven la existencia de cierta proximidad entre el error y los vicios ocultos.

La única excepción que hemos encontrado en este panorama es Sánchez Román, quien afirma que el fundamento que justifica las acciones redhibitoria y estimatoria es el error sufrido por el comprador. Ahora bien, no señala en qué consiste este tipo de error (365).

[84].- En contraste con lo anterior, en la exposición de la figura del error, aquí sí, la doctrina del XIX anterior al Código civil conecta el error con el saneamiento por vicios ocultos.

Previamente conviene advertir que las Partidas no contienen una ley que, con pretensiones de generalidad, regule el error en los contratos, tal y como ocurre con el actual art. 1266 CC. Esto, como de sobra es conocido, responde a una manera

---

365) F. SANCHEZ ROMAN: "2.ª Como la razón de las acciones redhibitoria y estimatoria no es otra que la de suponerse fundadamente que en el caso de vicios ocultos de la cosa y no manifestados por el vendedor, prestó su voluntad el comprador con error, y faltó, por tanto, el consentimiento, claro es que no procederán, cuando los vicios hayan sido manifestados por el vendedor y aceptado la venta, sin embargo, por el comprador" ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 569).

Pensando en el Derecho mercantil, A. BACARDI también afirma, sin dar mayores aclaraciones, que el fundamento del saneamiento por los vicios "internos" de la cosa (art. 371 CCO de 1829; cfr. infra, nota n.º 818) es el error. Dice así: "El vendedor no podrá excepcionar contra esta demanda fundado en su ignorancia ó buena fé, puesto que no se le acusa de dolo, sino de una rescisión por error, mas si hubiere conocido el vicio y no lo hubiese manifestado será justo que se le condene al pago de los daños y perjuicios que tan maliciosamente causó" ["Tratado del Derecho mercantil de España", tomo I, (1840), p. 155].



de concebir el Derecho. A su vez, esta realidad legislativa impone un modo de actuar a la doctrina del XIX: apoyándose en alguna Ley de Partida, que regula un concreto caso de error, se extrae una regla aplicable en principio a todo contrato. Por ejemplo, para el error en la sustancia, que es el que nos afecta, se acude a la P. 5.5.21 (<sup>366</sup>), situada en el contrato de compraventa. Esto justifica que la exposición del error en la sustancia se haga, en la mayoría de las obras del XIX, en dos distintos apartados: dentro de lo que hoy conocemos como teoría general del contrato, y en la concreta exposición de la compraventa. A ambos hemos acudido, encontrándonos con lo siguiente:

a) De los tipos de error en los contratos, mencionados por la doctrina del XIX anterior al Código civil (<sup>367</sup>), nos interesa la contraposición que se hace entre el error que recae sobre la sustancia de la cosa y el que recae sobre la calidad accidental de la cosa.

---

<sup>366</sup>) P. 5.5.21.: "Cómo non vale la vëndida que ficieren engañosamente vendiendo una cosa por otra. Laton vendiendo un home á otro por oro, ó estaño por plata ó otro metal quialquier uno por otro, non valdrie tal vëndida. Otrosi decimos que si un home vendiese á otro algunt siervo, et fuese fallado que era muger, et el comprador cuidando que era varon lo comprase, que non valdrie tal vëndida, maguer aquel que la vendiese sopiese que era muger. Eso mesmo serie que non valdrie la vëndida si alguno vendiese á sabiendas alguna muger por virgen que lo non fuese; pero si él ficiese tal vëndida como esta cuidando que era la muger virgen, valdrie maguer que lo non fuese. Otrosi decimos que habiendo alguno dos siervos, el uno de un menester et el otro de otro, si vendiese algunos de ellos nombrando el nombre del uno et el menester del otro, si el señor era sabidor de los nombres dellos, aquel será vendido que nombró, maguer errase en el menester; mas si non fuese sabidor de los nombres, entonce aquel será vendido que señaló por su menester, maguer errase en el nombre".

<sup>367</sup>) Por ejemplo, los errores de derecho, de hecho, sobre el negocio, sobre la causa, sobre la cosa, sobre la persona, sobre el nombre de la persona, etc.

La relevancia de esta clasificación está en las consecuencias jurídicas que desencadena cada uno: el error en la sustancia permite la anulación del contrato, lo que no es posible en el error en la calidad accidental de la cosa. Pero esto no significa que el error en la calidad accidental carezca de relevancia. La mayor parte de la doctrina española del XIX especifica que aquél puede ser relevante a través del saneamiento por vicios ocultos, siempre a condición de que reúna los requisitos de aplicabilidad del saneamiento (368).

---

368) B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "Lo mismo sucede [el contrato es válido] cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. La doctrina antes espuesta sobre la causa impulsiva de un contrato, puede aplicarse á este caso: si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor. Lo cual debe entenderse, no habiendo algún vicio oculto en la cosa, porque si lo hubiera, podría anularse el contrato, ó pedirse la competente indemnización con arreglo á las leyes 63 y siguientes del tit. V, P. V" ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 34-35). J. ESCRICHE: "El error que recae sobre la calidad accidental de la cosa no da tampoco lugar, generalmente hablando, á la anulación del contrato; (...). Pero si la mala calidad depende de algún vicio ó tacha de la cosa, es preciso entonces hacer distinción; si los vicios son aparentes (...); mas si son ocultos, ó no se hallan tan á la vista que pueda el comprador fácilmente conocerlos, y hacen que la cosa sea impropia ó menos idónea para el uso á que está destinada, podrán entonces considerarse como causa de anulación ó rescisión del contrato, ó á lo menos de disminución [sic] de precio, aun cuando el vendedor los ignore: leyes 63, 64, y 66 del tit. 5.º, Part. 5.ª" (v. Error, "Diccionario-II", p. 836). S. DEL VISO, quien no emplea los términos de error sobre la calidad accidental, dice: "No recayendo el error ni en el objeto ni en la materia ó sustancia de la cosa, será válido el contrato aunque se errase en el nombre de la cosa, como resuelve la ley 21 del título y Partida citados [5.5], y también aunque se errase en su localidad, no habiendo algún vicio oculto en ella; porque si lo hubiera, podría anularse el contrato ó pedirse la competente indemnización, según disponen las leyes 63, 64, 65 y 66, tit. V, Partida 5.ª" ("Lecciones elementales-III", p. 31). Con más matices F. SANCHEZ ROMAN: "El error consiste en una parte de la materia de que está formada la cosa objeto del contrato, ó sobre las cualidades de la misma, á no ser éstas muy esenciales, características ó impulsivas de la celebración del contrato, respecto de algunas de las partes, ó haber intervenido malicia para ocultarlas y constituir las en vicio oculto, ó desfigurarlas á fin de que el contrato no dejara de celebrarse --lo que pudiera trasportar [sic] el supuesto á la doctrina general del dolo, ó

La excepción, en este otro caso, son Gómez de la Serna y Montalban, quienes no relacionan el error accidental y los vicios ocultos (369).

b) Trasladándonos a la exposición del contrato de compra-venta, cuando la doctrina del XIX señala que requisito esencial de este contrato es que haya consentimiento por ambas partes, reitera asimismo que el error que recae sobre un accidente no permite anular el contrato. Además, suele aclarar que el error accidental da lugar únicamente a la indemnización del comprador (370). No se precisa, en cambio, en qué consiste dicha indemnización.

Por otro lado, el ejemplo de error en una cualidad accidental de la cosa que suele ponerse, es la venta de oro de determinada calidad (buena), que resultó peor (371).

---

á la especial de las acciones redhibitoria y quanti minoris, en el contrato de compra-venta,-- no produce ordinariamente la nulidad del contrato, dando lugar tan sólo á que el contrayente que sufrió el error, pueda reclamar la indemnización que por razón del mismo se le ocasione" ("Estudios de Derecho civil-IV", p. 194).

369) Se limitan a afirmar: "El error, para ser causa de la invalidación de un contrato, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa, como si á uno que quería comprar un vaso de oro se le dieran de laton; (...) pero si recae sobre las cosas accidentales al contrato, no le anula" (P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos-II", p. 185).

370) Ya lo había hecho Sánchez Román; cfr. supra, nota n.º 368.

371) P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN: "También lo será [válido], pero habrá lugar a indemnización, siempre que el error no sea en la sustancia sino en cosa accidental, como si uno vendiese oro suponiéndolo de cierta ley y luego resultara inferior" ("Elementos-II", pp. 239-240).

En cambio, J. ESCRICHE se limita a precisar que el error sobre los accidentes no desencadena la ineficacia de la compra-venta: "El error es causa de nulidad de la venta cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es su objeto, como si se vende laton por oro (ley 21, tit. 5º, Part. 5.ª); pero no lo es cuando recae sobre los accidentes, como si se vende oro malo por bueno (...)" (v. Venta, "Diccionario-IV", p. 1217).

Curiosamente, algunos autores parecen exceptuar del régimen de la indemnización, a que conduce el error accidental, el caso en que éste constituye un vicio oculto de la cosa. Este otro caso se regula por las procedentes reglas del saneamiento por vicios ocultos que, como ya sabemos, son las leyes 63 a 66 de la P. S.S. (372).

[85].- Tras esta exposición estamos en condiciones de extraer tres breves conclusiones:

a) En primer lugar, la doctrina española del XIX, anterior al Código civil, percibe una cierta aproximación entre el error y los vicios ocultos. Dicha proximidad no se produce en relación a cualquier tipo de error, puesto que aquélla advierte, que sólo los errores que recaen sobre una cualidad accidental de la cosa, e incluso no todos ellos, pueden ser tratados como vicios.

---

Véase, además, la nota que sigue inmediatamente a ésta.

372) B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "Si el error recayese sobre un accidente de la cosa, v.gr., no ser el oro de tan buena calidad como supuso el vendedor daría lugar á una indemnización sin producir la nulidad, como no se tratara de un vicio oculto, caso diverso sobre el cual existen leyes especiales que pronto analizaremos" ("Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 243). S. DEL VISO: "Mas si recayese sobre los accidentes de la cosa, como por ejemplo, el no ser el oro de tan buena calidad como decía el vendedor, (...), sólo habrá lugar á la indemnización del que haya sido perjudicado y no á que se declare nulo el contrato, á no ser que en alguno de estos casos estuviera oculto el vicio ó defecto de la cosa y no lo advirtiera el vendedor al comprador, que entonces habrá lugar a que se rescinda o deshaga la venta, si en debido tiempo se hiciera la competente reclamación. Leyes 63, 64, 65 y 66, tit. V, Partida 5.ª" ("Lecciones elementales-III", pp. 181-182).

b) En segundo lugar, la presente doctrina, si bien señala que los errores accidentales, que no sean un supuesto de vicio oculto, dan lugar a una indemnización, no nos dice qué justifica ésta, ni cual es su contenido. Téngase presente que la alusión a esta indemnización desaparece tras el Código civil. Este --al menos en principio-- no parece pensar en que la persona, víctima del error, pueda ser indemnizada (<sup>373</sup>), siendo esto diferente de admitir la posible indemnización de la confianza del otro contratante que no sufrió error y que creyó diligentemente en la validez del contrato (<sup>374</sup>).

<sup>373</sup>) Sin embargo, ASUA señala que al menos en dos ocasiones -- SS de 7 de enero de 1964 y 20 de noviembre de 1973-- el Tribunal Supremo ha estimado la impugnación del contrato por error y concedido indemnización por daños con apoyo en el art. 1101 CC ["La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)" (1989), pp. 266-268]. GARCIA RUBIO admite que cuando el error es causado directa o indirectamente por el otro contratante --esto es, en el período precontractual actuó con dolo o culpa--, aquél que sufrió el error tiene derecho a ser indemnizado en virtud del art. 1902 CC ["La responsabilidad precontractual en el Derecho español", (1991), pp. 163-164]. En cambio, A.M. MORALES, contraponiendo dolo y error en cuanto a sus efectos, afirma, que "mientras que el error agota sus consecuencias en la anulabilidad del contrato, el dolo puede provocar, además, otros efectos: concretamente, el deber de indemnizar los daños causados" ["Comentarios Edersa XVII 1.º-B", p. 391; también la nota n.º 49].

<sup>374</sup>) Este es el sistema seguido por el § 122 BGB, que dice que la persona que impugna la validez del contrato por error debe, en todo caso, indemnizar el daño que sufre la otra parte, consecuencia de la declaración de invalidez. Influidos por el Derecho alemán, a través de la obra de Saleilles, la doctrina francesa del XIX entendió que la persona víctima de un error por culpa suya podía impugnar el contrato, pero, habría de indemnizar a la otra parte contratante. Aunque algún autor defendió que esa responsabilidad tenía su fundamento en la culpa 'in contrahendo'. (Baudry-Lacantinerie et Barde), la mayoría entendió que se trataba de aplicar pura y simplemente el art. 1382 C.c. francés, que contempla la responsabilidad extracontractual y que equivale a nuestro art. 1902 CC [GESTHIN "La notion d'erreur dans le Droit positif actuel", (1971), pp. 133-146].

En cuanto a nuestro Derecho, la exigencia doctrinal y jurisprudencial de que sólo el error excusable es relevante, impide que la persona víctima del error, por culpa suya, pueda

c) En tercer y último lugar, hemos de reiterar la semejanza que hay entre la doctrina española del XIX y algunos autores franceses, también del XIX (Toullier, Demolombe, Duranton) (375). Esto, en cierto modo sorprende, si tenemos en cuenta que mientras la primera no contaba con un código civil, la segunda sí. Parece que los textos legales ejercen una influencia limitada en la interpretación doctrinal.

#### B.2. Las "Concordancias" de García Goyena y el Proyecto de Código civil de 1851.

[86].- Aunque cronológicamente este autor se sitúa en una época anterior al Código civil, el que sus "Concordancias" se limiten al comentario extenso y detallado del Proyecto de Código civil de 1851 (376), justifica, a nuestro parecer, un tratamiento diferenciado.

---

impugnar el contrato. Esto es, no cabe indemnizar la confianza de la otra parte, puesto que ésta no es dañada, al no ser impugnado el contrato celebrado. Por otra parte, tampoco se admite que cuando el error es excusable y la víctima de éste impugna el contrato, haya que indemnizar a la otra parte. En este otro caso, el Derecho considera lícita la impugnación del contrato y de aquí que no tenga adecuado encaje en el art. 1902 CC [ASUA "La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos", (1989), pp. 265-266; GARCIA RUBIO "La responsabilidad precontractual en el Derecho español", (1991), pp. 159-162; 252].

375) Cfr. supra, para Toullier y Demolombe, el n.ºm. 80, y para Duranton, la nota n.º 346.

376) Frente a la generalizada opinión de la paternidad de García Goyena del PCC de 1851, cuyo origen se atribuye a Sánchez Román, BARO PAZOS señala que una serie de datos "limitan significativamente su autoría hasta reducir su participación hasta la de un miembro más, aunque bien es cierto, destacado, de una Comisión colegiada, integrada por un número más o menos amplio de juristas, que trabajan individualmente las distintas 'ponencias' que se les asigna, y que después son sometidas a discusión en el pleno de la Sección". De una lectura detenida de las Actas de la Comisión General de Codificación, BARO PAZOS afir-

Como en el epígrafe anterior acudiremos a su exposición del saneamiento por vicios ocultos y del error. Adelantando ideas, hemos de decir que García Goyena no difiere de la tesis sostenida por sus contemporáneos, en la relación error (que es el accidental) y saneamiento por vicios ocultos.

En el análisis de los arts. 1406 a 1408 del PCC 1851, reguladores del saneamiento por vicios ocultos, no encontramos ninguna alusión a la posible conexión con el error. Tan sólo de modo implícito, podemos considerar que García Goyena pueda concebir una cierta proximidad entre ambos.

A propósito del art. 1406 del PCC 1851 (<sup>377</sup>), García Goyena señala que el requisito de que el vicio tenga que ser ocul-

---

ma, que el reparto de materias realizado el 1 de octubre de 1846, fecha en que tuvo lugar la primera sesión de la Sección de lo civil de la Comisión General de codificación, una vez reestructurada, se cumplió, interviniendo en la elaboración del PCC de 1851 otros juristas, además de García Goyena, entre los que destaca por su importante participación Antón de Luzuriaga. Por otro lado, otros juristas influyeron en el PCC de 1851 mediante su participación en la primera Comisión General de codificación (1843-1846), como Cirilo Alvarez, Ruiz de la Vega, Ortiz de Zúñiga, o Vizmanos. "Por todo ello, --afirma BARO PAZOS--, el Proyecto de Código civil de 1851 debe ser estimado como una obra redactada por un conjunto de juristas, entre los que destaca sobremanera Florencio García Goyena, que se erigió en su impulsor y miembro más activo de la sección" [BARO PAZOS "La codificación del Derecho civil de España (1808-1889)", (1993), pp. 106-110, pero también hasta la p. 113].

<sup>377</sup>) Art. 1406 PCC 1851: "El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso á que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que, á haberlos conocido el comprador, no la hubiera comprado, ó habría dado menos precio por ella.

Pero no es responsable de los defectos manifiestos ó que estuvieren á la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el comprador es un perito que por razón de su oficio ó profesion debia fácilmente conocerlos".

to, ya se exigió en el Digesto, y sin embargo, no es contemplado en la Ley 66 de la P. 5.5. (378). Pese a ello, aclara que no puede concluirse que el carácter oculto del defecto no sea requisito de aplicación del saneamiento; y a continuación afirma, que así "se ha entendido siempre según el Derecho Romano, porque en lo patente ó que está a la vista no hay engaño" (379). Teniendo presente esta afirmación, podemos entender, tácitamente, que en lo oculto sí que se produce un engaño, y por tanto, que el comprador había sufrido un error sobre la cosa.

[87].- Es en el comentario al art. 989.I del PCC 1851 (380), que regula el error de hecho sobre la sustancia de la cosa, cuando García Goyena precisa el alcance de la relación que puede existir entre el error y el saneamiento por vicios ocultos.

Explicando qué debe entenderse "sobre la sustancia", García Goyena señala que "hay muchos ejemplos de esto", citando el Digesto 18.1.9 (381) y la ley 21 de la P. 5.5. (382); y afirma

378) Cfr. supra, nota n.º 356.

379) GARCIA GOYENA "Concordancias", p. 750. Un poco más abajo, este autor señala la misma idea: "en lo manifiesto ó que está á la vista, no cabe engaño" (p. 750).

380) Art. 989.I PCC 1851: "Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; á no ser que la consideracion de esta hubiera sido la causa principal del contrato".

381) D. 18.1.9.: "Es sabido que en las ventas y compras debe mediar consentimiento, pero si disintieran, ó en la misma compra, ó en el precio, ó en alguna otra cosa, la compra queda imperfecta. Así, pues, si yo creyera que compraba el fundo Corneliano, y tú creíste que me vendías el Semproniano, puesto que disintimos en el objeto, es nula la compra. Lo mismo es, si yo creí que te vendía a Stico, y tú, que á Pánfilo, que estaba ausente; porque cuando se disiente sobre el objeto, es evidente que es nula la compra.

§ 1.- Si disintiéramos en el nombre, pero constase respec-



de inmediato: "No sucede lo mismo [no se trata de un error sobre la sustancia] cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. Si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor: algo de esto hay también en el artículo 1408, cuando se elige la acción *quanti minoris*" (383).

En otras palabras, García Goyena no ve relación entre el error en la sustancia, que es el que permite la desvinculación contractual, y el saneamiento por vicios ocultos. En cambio, el error accidental, que según el PCC de 1851, ni permite la desvinculación contractual, ni da lugar a una indemnización, sí está próximo al saneamiento por vicios ocultos. Téngase presente, que la doctrina del XIX anterior al Código civil entiende que el error sobre una cualidad accidental de la cosa desencadena una indemnización a favor del comprador (384); resulta cu-

---

to al objeto, no hay duda alguna de que sean válidas la compra y la venta; porque nada hace el error en el nombre, cuando consta respecto al objeto" (el § 2 lo reproducimos en latín, infra, nota n.º 577; traducción de GARCIA DEL CORRAL).

382) Reproducida supra, nota n.º 366.

383) GARCIA GOYENA "Concordancias", p. 525; recuérdese a B. GUTIERREZ FERNANDEZ, citado supra, en nota n.º 368.

Este ejemplo se encuentra en POTHIER, también a propósito del error accidental, aunque no lo relaciona con la garantía por vicios ocultos. En su "Tratado de las obligaciones", POTHIER afirma que el error no sólo anula la convención cuando recae sobre la cosa en sí misma, sino también si versa sobre aquella cualidad de la cosa que las partes tuvieron principalmente en cuenta al contratar y afecta a la sustancia de la cosa. Ahora bien, "Il en est autrement, lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité accidentelle de la chose: par exemple, j'achète chez libraire un certain livre, dans la fausse persuasion qu'il est excellent, quoqu'il soit au-dessous du médiocre; cette erreur ne détruit pas mon consentement, ni par conséquent le contrat de vente" ["Traité des obligations", n.º 18, p. 16].

384) Supra n.ºm. 84.

rioso, que García Goyena conecte dicho error con la acción 'quanti minoris'.

[88].- Por último, García Goyena, en su comentario al art. 1165 PCC 1851, menciona al art. 1408 PCC 1851, cuyo primer párrafo contiene las acciones edilicias (385). El art. 1165 PCC 1851 indica los supuestos de rescisión, conteniendo su n.º 3 una cláusula abierta de este tenor: "En los demás casos en que especialmente lo determina la ley". Al poner ejemplos de tales casos, García Goyena afirma: "como en los de los artículos 924, 1408 y 1489" (386). De aquí podemos concluir, que este autor ve en la acción redhibitoria un supuesto concreto de acción rescisoria (387).

385) Art. 1408.I PCC 1851: "En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador puede optar entre separarse del contrato, abonándosele los gastos de este si él los pagó, ó rebajar una cantidad proporcional del precio á juicio de peritos".

386) GARCIA GOYENA "Concordancias", p. 621. El art. 924 PCC 1851 equivale al 1074 CC, y el 1489 PCC 1851 al 1558 CC.

387) Confirma que GARCIA GOYENA no conecta el error sobre la sustancia con el saneamiento por vicios ocultos, su breve comentario a la sección X, "De la rescisión de las obligaciones" (Capítulo V, "De la extinción de las obligaciones", Título V, "De los contratos y obligaciones en general", Libro Tercero), en el cual, criticando un uso del lenguaje equívoco en otros Derechos y en las Partidas, dice: "Hay, pues, mas propiedad, sencillez y claridad en nuestro Código, cuyo capítulo 2 de este título abraza todas las causas de nulidad, y se dispone acerca de todas en el capítulo 6, tratándose por separado en esta Sección 10 de la rescisión de las obligaciones válidas: así no puede haber confusión en las palabras y conceptos de nulidad y rescisión" ["Concordancias", p. 618]. Es decir, GARCIA GOYENA no ve posible confusión entre los regímenes de ineficacia de rescisión y de nulidad, y por tanto, tampoco entre los supuestos de hecho de vicios ocultos y error.

La idea de que la redhibitoria es una acción de carácter rescisorio, se encuentra en las SS TS de 12 de febrero de 1931 y 7 de junio de 1966.

Considera que la acción redhibitoria es una acción rescisoria, Q. MUCIUS SCAEVOLA: "Ahora bien; los efectos de este caso particular de rescisión, ¿son los mismos de toda acción res-

### B.3. La doctrina española posterior al Código civil.

[89].- La entrada en vigor del Código civil produce un cambio en cómo la doctrina española concibe la relación del error, ahora regulado en el art. 1266 CC, con el saneamiento por vicios ocultos de los arts. 1484 y ss CC. Los vicios ocultos empiezan a ser vistos como un supuesto (especial) del error vicio del consentimiento del art. 1266 CC.

Ahora bien, esta nueva consideración no se introduce de forma drástica, sino, poco a poco.

[90].- Los primeros comentaristas del Código civil, pese el cambio de textos legales habido, nos recuerdan la doctrina defendida por los autores del XIX, anteriores al Código. Esto se constata de manera más clara en Scaevola, que en Manresa.

---

cisoria? Esto es lo que ligeramente, y por partes, vamos a examinar; empezando por tener presente que el artículo 1486 se limita á hablar de rescisión en un párrafo y de desistimiento del contrato en otro" (p. 617) ["Código civil concordado y comentado extensamente", tomo XXIII, (1906), pp. 617-623]; también, aunque refiriéndose al saneamiento por vicios ocultos en la venta de animales, CLEMENTE DE DIEGO: "el comprador tiene a su disposición, y puede ejercitar tanto la acción redhibitoria (de rescisión)" ["Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", tomo IV, "Derecho de obligaciones", (1919), p. 430]. En cambio, RIVERO la califica de acción resolutoria: "Se trata, pues, de la acción redhibitoria (que es resolutoria, y no rescisoria como dice el apartado 2.º [del 1486] y cierta jurisprudencia antigua", [en Lacruz y otros, "Elementos II-3.º", p. 68].

Por otra parte, aludiendo a la acción redhibitoria, el art. 1486.II dice "si optare por la rescisión"; no obstante, el art. 1498 CC, en la venta de animales, afirma "Resuelta la venta, (...)".

En 1905, Manresa destaca en repetidas ocasiones, cuando expone el saneamiento por vicios ocultos, que éste responde a un error del comprador. No especifica, sin embargo, si ese error del comprador es el contemplado por el art. 1266 CC, el error vicio del consentimiento, o si se trata de otro, de tipo distinto (388).

Un año después, en 1906, Scaevola igualmente considera que el saneamiento por vicios ocultos se justifica en el error sufrido por el comprador (389). Además, se plantea la cuestión de

---

388) Muestra de ello son, por ejemplo, las siguientes afirmaciones: "si las cosas se compran para destinarlas á su uso adecuado, no cabrá duda alguna de que, cuando por la existencia de un defecto, ese uso es imposible ó resulta de tal modo disminuído, que hay motivo para pensar que existe un verdadero error, el vicio ó defecto tiene entidad é importancia suficientes para dar lugar a la redhibición" (p. 209). "Además de la condición que se refiere á su importancia, el vicio, para que sea redhibitorio, ha de tener otra, la de ser oculto. Confirma este requisito lo que venimos diciendo, de que se trata de un caso de error. Sólo siendo el defecto oculto es cuando se puede decir que el comprador ha contratado con error, pues si está á la vista, de tal modo que no es posible racionalmente pensar que pasó para él inadvertido, ninguna acción asistirá al comprador" (p. 210): "En cuanto a la ignorancia que el vendedor tenga de los vicios ó defectos ocultos, como la responsabilidad que la ley le impone no se procura castigar su mala fe, sino simplemente subsanar en lo posible el error con que contrató el comprador (...)" (pp. 214-215). "No es consecuencia la responsabilidad del vendedor, por razón de los vicios ocultos, de la ignorancia ó conocimiento que de los mismos tenga, según hemos dicho repetidamente, porque de lo que se trata, como también hemos afirmado, es de subsanar en lo posible el error con que el comprador contrató" (p. 216). En relación al art. 1488 CC, pérdida de la cosa con vicios por caso fortuito o por culpa del comprador, dice: "Pero al mismo tiempo que se dan estos hechos, se da también la existencia en el momento de la compra del vicio oculto en la cosa, vicio oculto que, si bien no llegó á causar su pérdida, originó de un parte el error del comprador (...)" (pp. 219-220) [J.M.ª MANRESA Y NAVARRO "Comentarios al Código civil español", tomo X, (1905)].

En el comentario que este autor dedica al error del art. 1266 CC, no hace ninguna alusión al saneamiento por vicios ocultos: "Comentarios al Código civil español", tomo VIII, (1901), pp. 611-616.

389) Por ejemplo: "Acción redhibitoria.- La causa que le da lugar es un error en el contrato celebrado (...)" [Q. MUCIUS SCAEVOLA, "Código concordado y comentado extensamente", tomo

si el error de los vicios ocultos coincide, o no, con el error del art. 1266 CC. La respuesta de Scaevola a esta pregunta es, en cierto modo, ambigua.

En su exposición del saneamiento por vicios ocultos rechaza radicalmente, y en principio, el que el error presente en este supuesto de saneamiento coincida con el error sustancial del art. 1266 CC, tanto en lo que se refiere a sus respectivos supuestos de hecho, cuanto a sus consecuencias jurídicas <sup>(390)</sup>. Asimismo, parece que identifica el error del saneamiento por vicios, con el error en los "accidentes" de la cosa <sup>(391)</sup>. Esto

---

XXIII, (1906), p. 616; también, todas las citas que siguen a ésta, del mismo autor].

390) Dice: "Hay una gran semejanza entre la redhibición por defectos ocultos y la nulidad por error en la sustancia. Pero estos dos casos no deben ser confundidos; pues si en ambos casos existe un error, este no versa sobre el mismo punto, y el legislador ha deducido de esta diferencia consecuencias también distintas. El error por vicio del consentimiento se refiere á la sustancia de la cosa ó á sus cualidades constitutivas, de tal modo, que el comprador no haya comprado la cosa que creyó comprar. Por el contrario, en el caso de los vicios ocultos, el comprador compró exactamente la cosa que quería adquirir; pero ésta se halla viciada por defectos no visibles que la hacen impropia para los usos á los que él la destinaba y que le impedirían haberla comprado si los hubiese conocido" [Q. MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial", tomo XXIII, (1906), p. 607].

391) Q. MUCIUS SCAEVOLA: "Si el error recayese sobre la sustancia de la cosa, como, por ejemplo, habiendo querido comprar un caballo y recibido por los términos del contrato una mula, así como también si consistiere exclusivamente en la ausencia de la cualidad que indujo a la estipulación, se estaría en el caso de la verdadera nulidad (art. 1266). Como el error de que aquí se trata [el derivado de los vicios ocultos] no afecta á la sustancia, y, por lo que se refiere á los accidentes, puede consistir en uno de aquellos que no hayan sido la causa determinante del pacto y, sin embargo, produzcan la ineffectividad de su fin útil, el Código lleva tales errores á la materia de rescisión (...)" [pp. 616-617; téngase en cuenta que para este autor la acción redhibitoria es una acción rescisoria]; asimismo: "Aquí [en la acción estimatoria] hay también un error contractual, como en la acción redhibitoria, pero que recae en un mero accidente, de los que no dieron causa al contrato, ni siquiera hubieran inducido al comprador á

nos recuerda a lo que la doctrina del XIX, anterior al Código civil, denominaba error en las cualidades accidentales de la cosa, con el cual conectaba, con matices, los vicios ocultos (392). No obstante esto, Scaevola hace también otras afirmaciones que nos permiten dudar de hasta qué punto es tan clara esa diferencia entre el error sustancial del art. 1266 CC y el de los vicios ocultos (393). Añadase a esto, que, cuando comenta el art. 1266 CC, admite que el error sobre la sustancia de la cosa opera sin perjuicio de los casos especiales en los que la ley considera que hay un error en el consentimiento, citando, entre otros, al del saneamiento por vicios ocultos (394).

---

desistir de él" (p. 624) ["Código civil concordado y comentado", tomo XXIII, (1906)].

392) Cfr. supra, n.ºm. 84.

393) Son las siguientes: "Cuando una cosa tiene vicios que el adquirente no conoce ni puede conocer, se encuentra en la situación misma del engañado por dolo ó del que compra por error, y no cabe decir propiamente que presta su consentimiento. El contrato, por tanto, carece de eficacia para él" (p. 610); más matizadamente: "El Código sostiene á todo trance y en cualquier caso el derecho del comprador al saneamiento, sabiendo ó no el vendedor los defectos de que adolecía la cosa. Cuando se le dió con engaño, o por lo menos, sin que él pudiera advertir el error, lo que, de serle bien conocido, no habría comprado de ninguna manera, o hubiese adquirido por menos precio, sería sumamente injusto obligarle á sufrir las consecuencias del error ó del engaño, y contradiría la buena doctrina del consentimiento productor del nexo jurídico" [pp. 612-613; "Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial", tomo XXIII, (1906)].

394) Q. MUCIUS SCAEVOLA: "Todo lo dicho en esta parte del comentario [en relación al error sobre la sustancia del art. 1266 CC] es sin perjuicio de lo dispuesto especialmente por la ley, en relación directa ó indirecta con el error sobre el consentimiento, pudiendo citarse los siguientes casos: Error en la cabida de la cosa vendida (arts. 1469 á 1471); defectos ó gravámenes ocultos de la misma (arts. 1484 y siguientes); error en la transacción (arts. 1817 á 1819), y cobro de lo indebido (arts. 1895 y siguientes)" ["Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial", tomo XX, (1904), p. 624].

En resumen, los primeros comentaristas del Código civil reciben y consolidan la doctrina anterior, según la cual la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa se justifica en el error sufrido por el comprador, quien creyó adquirir una cosa que le era útil. Adviértase, que todavía no se ha producido el salto cualitativo de identificar, sin dudas, el error de los vicios ocultos con el del art. 1266 CC. Finalmente, notése un cambio, por lo que respecta al lugar en el que se trata de la cuestión: ya se hace en la exposición del saneamiento por vicios ocultos, y no sólo en la del error, como hacía la doctrina del XIX anterior al Código civil.

[91].- El siguiente paso, en este iter progresivo, se produce en 1910 y es obra de De Buen. Este autor ya afirma, sin ningún género de dudas, la identidad que media entre el error sustancial y los vicios ocultos (395). Esto es compartido, aunque no con tanta contundencia y unos años después (1919), por Clemente

---

395) DE BUEN: "Más claro. El vendedor --cuando el comprador no ha renunciado a sus derechos-- responde de los vicios ocultos, aunque haya obrado con buena fe absoluta ¿Y en qué se funda tal responsabilidad? Se funda en nuestra opinión en que el consentimiento de la venta descansa en un supuesto: el de que la cosa vendida es útil para su normal utilidad ó para la utilidad expresamente determinada en el contrato. Careciendo la cosa vendida de dicha utilidad, falta el supuesto del consentimiento que resulta fundado en un error ó ignorancia y por ello el contrato puede ser anulado. La anterior consideración demuestra la semejanza entre la existencia de un vicio oculto ó redhibitorio y la existencia de error en un contrato" [v. vicio redhibitorio. Derecho civil común, en "Enciclopedia jurídica española", tomo XXX, p. 798; continúa la transcripción de este texto, infra, en nota n.º 509].

de Diego <sup>(396)</sup>. Desde entonces, puede afirmarse que un importante sector de la doctrina española considera que los vicios ocultos son un supuesto de error, que encaja en el art. 1266 CC <sup>(397)</sup>.

396) F. CLEMENTE DE DIEGO: "El supuesto de la redhibitoria es que el comprador dió su consentimiento por error. La obligación del vendedor es transmitir [sic] y entregar la cosa sin vicios jurídicos (caso explicado de evicción) y sin vicios materiales, pues en uno y en otro caso, el fin económico del contrato no se obtiene. El vendedor puede o no conocerlos, y si los conoció, manifestarlos o no: en todo caso responde, aunque varíe la extensión de la responsabilidad, pues en todos ellos no cumple lo que le compete para el fin de la venta. El adquirente pudo conocerlos o no; si los conoció, y a pesar de eso compró, 'sibi imputet'; mas, si no los conoció o no pudo conocerlos, entonces incurrió en error esencial, y la venta debe deshacerse" ["Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", tomo IV, (1919), p. 425; reproduce este texto en sus "Instituciones de Derecho civil", tomo II, (1959), p. 207].

397) VICENTE Y GELLA "La doctrina de los vicios y el cumplimiento 'aparente' de los contratos", en "Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva y Pujol", (1954), pp. 571-572 (cfr. infra, la nota n.º 512, en la que reproducimos algunas de sus afirmaciones); BADENES GASSET "La compraventa", pp. 696-697; MORALES MORENO, ADC, (1980), pp. 671-678, especialmente la p. 674; reitera esta idea en sucesivos trabajos: AAMN, tomo XXIX, p. 67, "El error en los contratos", pp. 104 y 152, y, "Comentario CC-II" p. 955; LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 182-190, especialmente las pp. 188 y 190; PASQUAU LIAÑO, "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2), marginal 422; PRATS ALBENTOSA "La entrega de cosa diversa a la pactada (aliud pro alio) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", RGD, (1992), n.º 573, p. 5098, si bien lo reitera a lo largo del trabajo; R. BERCOVITZ, ADC, (1969), pp. 780-791, especialmente las pp. 785-786, a condición de que la compraventa sea específica (cfr. infra n.ºm. 107) y se defienda una concepción tradicional del error, de la que no es partidario. Siguiendo el concepto de error sostenido por Barcellona, R. BERCOVITZ concluye afirmando la posibilidad de diferenciar los vicios ocultos del error (op. cit., pp. 791-796).

De manera menos contundente PEREZ GONZALEZ/ALGUER: "el supuesto del 1484 y el supuesto general del error en el art. 1266 guardan una semejanza notoria" ["Ennecerus, 1.ª ed. española", p. 76].

En otro sentido, DE CASTRO, quien afirma que el error y los vicios ocultos son diferentes, pero reconoce que dicha diferencia se mitiga en la práctica. Dice: "La figura jurídica del defecto oculto en la venta, por su distinto origen y por su



Por otro lado, en la sentencia de 6 de junio de 1953, el Tribunal Supremo defiende, también, este fundamento del error para las acciones edilicias (398).

El error de los vicios ocultos consiste en entender que la cosa que se adquirió carecía de defectos. La identidad con el error del art. 1266 CC puede explicarse así: En el momento de la celebración del contrato, el comprador tiene una representación falsa de las cualidades de la cosa que adquiere, consistente en creer equivocadamente que ésta no tiene defectos. Los defectos presentes en la cosa inciden en su utilidad y además constituyen un motivo incorporado al contrato (fin perseguido), lo cual coincide con el requisito, exigido por el art. 1266 CC, de que el error sea esencial para ser relevante (399). Por otra

---

regulación legal separada, no se confunde con la del error vicio. El error vicio se refiere al consentimiento, es decir, al momento de perfección del contrato; el saneamiento del defecto tiene lugar en el de la consumación, cuando la cosa se entrega o la prestación debida se cumple. Mas las coincidencias en el funcionamiento de una y otra figura son tan considerables que se hace difícil distinguir las en la práctica" ["El negocio jurídico", pp. 118-119].

398) El caso trata de la venta de un edificio, en el que comprador pensaba instalar una fábrica. Tras el contrato, éste descubrió que el edificio carecía de licencia (si bien luego fue concedida por el Ayuntamiento), y que estaba sometido a un Plan de ensanche que lo destinaba a vía pública, pudiendo ser objeto de expropiación. La Audiencia Territorial declaró el contrato nulo por error en el consentimiento. El Tribunal Supremo no casó y señaló: "sin que, por último pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1486 del Código civil, que es aplicación del principio de nulidad por error" (cdo n.º 3; volvemos sobre esta sentencia, en infra, nota n.º 497).

399) Sobre el carácter esencial del error, A.M. MORALES "El error en los contratos", pp. 197-213; "Comentario CC-II" pp. 462-463.

parte, el necesario carácter oculto del defecto, en el sentido de que el comprador no percibió y no pudo apercibirse de su existencia (art. 1484 final CC), viene a coincidir con la necesidad, impuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que no por el Código civil) del carácter excusable (400) del error (401).

400) Esta similitud parece estar implícita en la STS de 4 de enero de 1982 que estimó la anulación de la compraventa por error del art. 1266 CC: "queda por examinar la discutida concurrencia del requisito de la excusabilidad, que el Tribunal a quo rechaza (...); elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del C. Civ. (...) aunque sí mencionado en el campo del derecho foral (Ley 19, párr. 2.º, del Fuero Nuevo de Navarra) y por lo tanto negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el art. 1484, in fine, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258)" (cdo n.º 5 de la primera sentencia; sobre la misma volvemos más abajo en n.ºm. 146).

401) Ahora bien, tal y como el Tribunal Supremo aplica hoy la figura del error del art. 1266 CC, --lo que ha sido puesto de manifiesto por A.M. MORALES-- pueden darse ciertos casos en los que el saneamiento por vicios ocultos sea aplicable, y no el error.

Tras la lectura de un considerable número de sentencias del Tribunal Supremo en las que se plantea la aplicación del error, A.M. MORALES concluye señalando la existencia de tres reglas. La primera es que "en principio, como consecuencia del carácter excepcional del error, cada contratante debe soportar las consecuencias del que haya podido padecer, salvo en los casos en que, excepcionalmente, se le permita pedir protección por él". La segunda consiste en que "si el error es imputable al contratante que lo padece, él tiene que soportarlo". Y la tercera es que "existen sentencias que justifican la estimación del error en la circunstancia de que el mismo se ha padecido, por un contratante, por razones imputables a la otra parte. También, en otros casos, se desestima, porque no hay razones para esa imputación. De este modo, la imputabilidad del error a la parte contraria, imputabilidad que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye un criterio determinante de la relevancia del error".

La interpretación que el Tribunal Supremo hace del requisito de la excusabilidad del error, como imputabilidad de éste a la parte que no erró, se traduce en que, tras la aparente necesidad del carácter excusable del error, se esconde otro argumento decisorio para la estimación: el de la confianza que creó el contratante que no se equivocó. A su vez, esto significa que

[92].- Tras la exposición anterior haremos una consideración. En la medida en que sea aplicable a los vicios de la cosa el régimen del error, se rompe la especialidad de la regulación del saneamiento, caracterizada fundamentalmente por la brevedad de los plazos de ejercicio de las acciones edilicias. Esa ruptura, indirectamente, facilita el camino hacia la aplicación de las acciones generales de incumplimiento, y con ello a la superación de las diferencias de régimen entre las ventas específica y genéricas.

#### 4.3.2. El incumplimiento del vendedor como fundamento de las acciones edilicias.

[93].- Trasladándonos a la perspectiva del que enajena, se ha considerado, asimismo, que el saneamiento por vicios ocultos responde a un incumplimiento del vendedor.

Esta perspectiva --ya fue apuntado (402)-- cuenta en cier-

---

el Tribunal Supremo no maneja una construcción del error basada en criterios voluntaristas (el que erró tiene su voluntad viciada), sino en criterios de reparto de riesgos (éste consiste en una defectuosa representación de la cosa y por tanto en una ausencia de información). En nuestro caso, el comprador habrá de probar el carácter esencial de su error, la excusabilidad del mismo, y su imputación al vendedor. Recuérdese que estos criterios de imputación operan al margen de la culpa.

Luego en todos aquellos casos en los que no es posible imputar al vendedor el error sufrido por el comprador y la cosa adolece de vicios ocultos no habrá problemas de interferencias entre ambas figuras.

A.M. MORALES: "El error en los contratos", (1988), pp. 67-105 y 217-242, especialmente las pp. 218-226; "De la excusabilidad a la imputabilidad del error", AAMN, tomo XXIX, pp. 55-73, especialmente las pp. 61-71.

402) Supra, n.ºm. 78.

to modo con el apoyo del legislador. El art. 1461 CC dice que el vendedor "está obligado" al saneamiento. El art. 1474 CC afirma que en virtud del saneamiento "el vendedor responderá al comprador" de los defectos ocultos en la cosa. Finalmente, el art. 1484 CC insiste en la idea de obligación, cuando señala que "el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida".

Esta idea de obligación del vendedor, que ya estaba presente en los proyectos que preceden al Código civil (403) y que comparten otros Códigos civiles europeos (404), nos aproxima

403) Equivalen al art. 1461 CC: el art. 1054 PCC 1836 ["Dos son las obligaciones del vendedor, a saber (...) y la evicción o saneamiento de ella"]; el art. 1383 PCC 1851 ["Las principales obligaciones del vendedor son (...) y el saneamiento de la cosa vendida"]; y el art. 1487 APCC 82-88 ["El vendedor está obligado (...) y saneamiento de la cosa objeto de la venta"].

Al art. 1474 CC: el art. 1072 PCC 1836 ["Esta seguridad o garantía de parte del vendedor tiene dos objetos: (...) 2.º Resarcir al comprador por los gravámenes, vicios o defectos ocultos que tuviere la cosa vendida"; el artículo anterior, el 1071 PCC 1836, dice: "Saneamiento es la garantía o seguridad que da el vendedor de responder siempre de la cosa vendida"]; el art. 1397 PCC 1851 ["Por el saneamiento (...), el vendedor responde al comprador: (...) 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere"]; y el art. 1501 APCC 82-88 ["En virtud del saneamiento (...) el vendedor responderá al comprador: (...) 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere"].

Al art. 1484 CC: el art. 1092 PCC 1836 ["El vendedor es también responsable de saneamiento por los defectos o vicios ocultos que tenga la cosa (...)."]; el art. 1406 PCC 1851 ["El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa (...)."]; y el art. 1511 APCC 82-88 ["El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa (...)."].

LASSO GAITE "Codificación civil", pp. 214-215, 217; 438-440; 697-700.

404) Por ejemplo:

-- C.c francés de 1804: art. 1603 "Il y a deux obligations principales (...) et celle de garantir la chose qu'il vend"; art. 1625 "La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets (...) les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires"; art. 1641 "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés (...)."

-- el CC ital. 1865: art. 1462 "El vendedor tendrá dos obligaciones principales: (...) y la de garantir la cosa que venda"; art. 1481 "La garantía que el vendedor debe al compra-

más a problemas relativos al cumplimiento e incumplimiento, que a cuestiones de formación del contrato.

Ahora bien, una serie de causas hacen que, a nuestro entender, esta otra atribución de naturaleza a las acciones edilicias plantee un mayor número de cuestiones al intérprete que la anterior del error. En concreto:

a) En primer lugar debe tenerse en cuenta que hablar de incumplimiento exige como paso previo identificar cuál es la obligación que el vendedor infringe (405).

Aunque en ocasiones esta cuestión no se deja clara, lo cierto es que se han señalado distintas obligaciones del vendedor, que justifican el remedio edilicio. Así, por ejemplo, la de informar al comprador sobre ciertos defectos de la cosa (406), la de entregar una cosa sin defectos (útil) de acuerdo a

---

dor (...); art. 1498 "El vendedor estará obligado á garantir la cosa vendida en cuanto á los vicios (...)".

-- CC ital. 1942: art. 1476.3 "Obbligazioni principali del venditore.- Le obbligazioni principali del venditore sono: (...) 3) quella di garantire il compratore (...) e dai vizi della cosa"; art. 1490 "Garanzia per i vizi della cosa venduta.- Il venditore è tenuto a garantire (...)".

-- CO suizo de 1911: art. 197 "Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts (...)".

405) Pensando en el Derecho italiano, en donde algunos autores han defendido la naturaleza del incumplimiento para las acciones edilicias, MARTORANO dice: "La pretendida calificación de la existencia de vicios o de la falta de calidad en la cosa vendida como incumplimiento contractual pone en primer lugar el problema de la búsqueda de la obligación de cuyo incumplimiento la resolución del contrato o la reducción del precio representan la sanción" ["La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), p. 51].

406) Recuérdese la P. 5.5., leyes 63 a 66, en nota n.º 356. Véase, PEREZ GARCIA, "La información en la contratación privada", (1990).

las legítimas expectativas del comprador, la de la garantía o saneamiento por vicios ocultos, que posee carácter legal.

Por otra parte, estrechamente relacionado con esta naturaleza del incumplimiento, se ha planteado la cuestión de la posible autonomía del saneamiento por vicios ocultos, con respecto a la obligación de entrega de la cosa.

b) En segundo lugar, no ha de olvidarse que el incumplimiento es una categoría jurídica cuyo contenido no siempre es entendido de idéntica forma.

De esta manera, puede ser empleado con un contenido estricto, en el sentido de que incumplimiento sólo es la infracción de un concreto deber de prestación --el dar, hacer o no hacer del art. 1088 CC--, determinado según el tipo de contrato celebrado.

En el caso de la compraventa específica puede entenderse que el deber de prestación del vendedor consiste en entregar esa cosa tal cual estaba cuando la perfección del contrato (art. 1468 CC). De aquí que el vendedor cumple, aunque entregue la cosa con vicios, siempre y cuando dichos vicios existieran en el momento de la celebración del contrato, y ninguna afirmación se hubiera hecho en relación a las cualidades de la cosa. Esta concepción estricta de las obligaciones del vendedor, en el modelo de la compraventa específico, la encontramos en autores españoles <sup>(407)</sup> y extranjeros <sup>(408)</sup>, y justifica la dura

---

<sup>407)</sup> Por ejemplo, VICENTE Y GELLA: "Estimamos, por lo tanto, que los defectos de la cosa vendida, aunque la hicieran totalmente inútil para el uso a que se destina, no pueden equipararse al incumplimiento" ["La doctrina de los vicios y el cumplimiento 'aparente' de los contratos", en "Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva y Pujol", (1954), p. 570]; R. BERCOVITZ: "Sin embargo, cuando el vendedor entrega la cosa específica, por muchos vicios ocultos que tenga, no se podrá hablar de incumplimiento. (...) el vendedor no incumple (en

crítica, que éstos hacen, a la tesis de quienes defienden que

sentido estricto) cuando entrega la cosa sobre la que ha recaído el acuerdo, aunque ésta no tenga todas las cualidades exigibles o, dicho de otra forma, aunque ésta tenga vicios ocultos (...)" [ADC, (1969), p. 799, también, hasta la p. 801; téngase presente que estas afirmaciones las hace para la compraventa de cosa específica]; MORALES: "No hay ninguna base para entender que el Código, por hablar de 'obligación' de saneamiento, impone al vendedor el deber (imposible) de entregar la cosa sin vicios. La obligación legal de saneamiento no presupone incumplimiento de una obligación de prestación; (...) No se dice en cambio en ningún lugar, que los vicios ocultos impliquen incumplimiento de un deber del vendedor" [ADC, (1980), p. 680; también las pp. 662-667]; ORTI: "Estas acciones [las edilicias] no pueden construirse sobre la base del incumplimiento ni de sancionar al vendedor, pues él ha cumplido lo que debía" ["La protección", p. 112; cfr. también las pp. 91-94]; CARRASCO: "El saneamiento por vicios o defectos, que en el Código civil no aparece como acción basada en un incumplimiento contractual, porque no lo es la entrega de cosa específica defectuosa" ["Comentarios Edersa XV-1.º", p. 396]; PANTALEON: "Algo habrá que decir sobre las acciones de saneamiento, que no pueden despacharse con la escueta afirmación de que la entrega al comprador de cosa ajena, o de cosa con vicios, no es 'incumplimiento' en sentido propio. No voy a discutir que esto sea cierto para nuestro Código civil" [ADC, (1991), p. 1050]; LLACER: "Si se trata de una obligación de entregar cosa específica, deviene difícil configurar el saneamiento como incumplimiento de la obligación de entrega (entrega de cosa útil), porque no debe entregarse otra cosa sino la designada como objeto del contrato (...). El principio de identidad del pago es un obstáculo importante para la vinculación del saneamiento con el incumplimiento de la obligación de entrega" ["El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 157-158, pero es una idea constatemente manejada en las pp. 157-166; también las pp. 201-202]; PASQUAU LIAÑO: "En relación a ella [compraventa específica], el consentimiento recae sobre una cosa determinada en su individualidad, comprometiéndose el vendedor a entregar esa cosa y no otra, 'en el estado cualitativo en que se hallaba el [sic] perfeccionarse el contrato' (art. 1468), por lo que un defecto oculto no puede conceptuarse en estos casos como un incumplimiento. Las acciones edilicias no constituyen una reacción ante una conducta incumplidora del vendedor (...). No son idóneas, pues, las acciones generales de incumplimiento en el caso de defecto oculto cuando la venta sea de cosa específica (normalmente entre particulares)" ["La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2), marginales 421-422]; PRATS ALBENTOSA: "De este modo [en la compraventa específica], cuando el vendedor cumpla con su deber de entrega estará obligado a dar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Así, si en tal momento adolecía de vicios o carecía de algún requisito cualitativo que el comprador presupuso que concurría en el bien al prestar su consentimiento, sin comprobar su efectiva concurrencia en tal momento, el vendedor cumplirá regularmente siempre que la cosa que se en-

la entrega de una cosa con defectos es un supuesto especial de incumplimiento.

Sin embargo, también es posible concebir al incumplimiento con un contenido más amplio: Como el hecho de que no se haya alcanzado en su totalidad el fin o función del contrato; o, dicho de otro modo, que no se haya desenvuelto completamente el programa contractual. Entendido así, podemos sostener que el vendedor tiene que dar al comprador una cosa sin defectos, y que se incumple el contrato cuando ese resultado no se alcanza.

---

tregue sea la misma sobre la que recayó el acuerdo. Sin que posteriormente quepa, por tanto, reproche alguno (...). Transmitido el bien al accipiente, el vendedor habrá cumplido con su principal deber jurídico nacido del contrato" ["La entrega de cosa diversa a la pactada ('aliud pro alio') como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991; de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", RGD, (1992), n.º 573, p. 5097, si bien esta idea está presente a lo largo del trabajo, con alguna que otra matización].

Situándose en otro plano, aunque entendemos que puede incluirse entre estas opiniones, GARRIGUES: "En efecto siempre que se entregue la misma cosa específica, aunque presente vicios o defectos de calidad o de cantidad, se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la cosa vendida (...) Más no podrá el comprador ejercitar la acción contractual derivada del incumplimiento" [RDM, (1961), n.º 79, pp. 8-9].

408) MARTORANO, para el Derecho italiano: "El soportar por parte del vendedor la consecuencia de la falta de satisfacción del interés del comprador no puede (...) ser índice de una responsabilidad por incumplimiento, porque sobrepasa los límites de la posibilidad de la prestación. La obtención de la cosa contratada inmune de vicios es un resultado legado a factores extraños a la actividad del deudor, y precisamente en el estado de la cosa al momento de la contratación, y no puede por ello constituir un resultado deducible 'in obligatione' (...). Es desde luego exacta la constatación de que la entrega de la cosa viciada (...) no realiza el interés del comprador, pero trátase de un interés que está fuera de la obligación del vendedor (...). El descubrimiento del defecto en la cosa adquirida es índice de la falta de obtención, no del resultado debido en obligación, sino del fin último al que se mira" ["La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), pp. 60-61; véanse además las pp. 52-59].



Esta noción impone ir más allá de las concretas obligaciones del vendedor, derivadas del contrato, y situarnos en el ámbito del desarrollo del contrato de compraventa, para constatar, en qué medida la compraventa ha satisfecho el interés del comprador. Un concepto amplio de incumplimiento parece, por ejemplo, que lo maneja Rubino, para el Derecho italiano (409).

Tener presente esta pluralidad de significados atribuidos al término incumplimiento, evita, a nuestro parecer, problemas a la hora de valorar las afirmaciones de la doctrina.

c) En tercer lugar, la tesis que considera la naturaleza de las acciones edilicias como un supuesto de incumplimiento se muestra más diversa, en opiniones y matices, que la que encuentra su fundamento en el error, en dónde encontramos una mayor uniformidad en las posturas.

---

409) RUBINO afirma, que la garantía por vicios ocultos es la sanción especial al incumplimiento de la obligación de hacer adquirir el derecho al comprador, que tiene un contenido complejo, y que engloba, entre otras cosas, el entregar una cosa sin vicios. Además, la existencia de vicios ocultos en la cosa significa que el sinalagma funcional está roto, y que se ha cumplido de manera inexacta la atribución patrimonial puesta por la ley a cargo del vendedor.

En palabras del autor: "la garantía es una sanción porque no ha sido cumplida, o no exactamente cumplida, la atribución patrimonial fundamental y principalísima a cargo del vendedor, esto es, hacer adquirir al comprador el derecho vendido" (p. 639). Un poco más abajo: "tal incumplimiento se refiere no a una obligación contractual (que por su naturaleza requiere un cierto intervalo para poder ser cumplida, y por ello no puede ser incumplida en el mismo momento de la estipulación), sino a una atribución patrimonial que se verifica, o al menos debería verificarse, automáticamente en el mismo acto de la conclusión del contrato, de manera que también su falta o irregular cumplimiento es contemporáneo a la estipulación del contrato, y también por ello constituye incumplimiento" ["La compravendita", en "Trattato di Diritto civile e commerciale, diretto dai professori Cicu e Messineo", vol. XXIII, 2.ª ed., (1962), n.º 204-205, pp. 633-640].

La exposición siguiente comienza con el Derecho francés y continúa con el nuestro.

#### A. El incumplimiento y el Código civil francés.

[94].- Iniciamos la exposición con Pothier, porque, si bien es anterior al Código, el legislador francés siguió fielmente su doctrina en la regulación de la garantía por vicios ocultos (arts. 1641 y ss C.c. francés) <sup>(410)</sup>. Tras él, exponemos los autores franceses del XIX, defensores de la naturaleza del incumplimiento en las acciones edilicias.

##### A.1. La doctrina de Pothier.

[95].- Suele señalarse que Pothier concibió a las acciones edilicias como respuesta a un incumplimiento del vendedor. La importancia de esta afirmación resalta, si tenemos presente, como acabamos de señalar, su decisiva influencia en los arts. 1641 y ss C.c. francés. De aquí puede concluirse que, probablemente, el fundamento que Pothier atribuye a las acciones edilicias, sea el recogido por este Código.

Ciertamente, en su "Tratado sobre la venta", en la exposición sobre la garantía por los vicios redhibitorios, Pothier no alude, expresamente, a la idea de un posible incumplimiento del vendedor; ni tampoco conecta las acciones edilicias con las generales que derivan del incumplimiento, sobre todo, en lo que

---

410) GHESTIN "Conformité et Garanties dans la vente. (Produits mobiliers)", (1983), pp. 181 y 217.

respecta a la acción resolutoria, que este autor ya admite con carácter general para los contratos sinalagmáticos (411). No obstante esto, a nuestro parecer, sí puede entenderse que Pothier parece concebir el fundamento de las acciones edilicias como próximo a la idea de incumplimiento del vendedor.

En este sentido, la sistemática en la que inserta la garantía por vicios ocultos --como obligación del vendedor, que nace de la naturaleza del contrato de venta--, parece conducirnos al incumplimiento, en el caso de su posible infracción. Además, por la forma en la que expresa su opinión, da la sensación de que considera que la obligación del vendedor, justificadora de la existencia de las acciones edilicias, consiste en tener que entregar una cosa útil al comprador.

Concretamente, Pothier afirma que el vendedor "está obligado a garantizar al comprador que la cosa vendida está exenta de ciertos vicios"; aquéllos que la hacen inútil o que disminuyen su uso dentro del comercio. Dicha obligación, continúa diciendo, "es una consecuencia de aquélla que contrae el vendedor de hacer tener al comprador la cosa vendida; pues obligarse a hacer tener la cosa, en la intención de las partes, es obligarse a hacerla tener útilmente". Así, acaba señalando Pothier, el comprador tiene una cosa en vano, si no le puede ser de ninguna

---

411) POTHIER: "Aun cuando no se haya indicado en la convención, la inejecución de vuestra obligación, como condición resolutoria de aquello que yo he contratado respecto a vos, sin embargo, esta inejecución puede frecuentemente operar la desvinculación del negocio, y consecuentemente la extinción de mi obligación. Pero es necesario que yo haga pronunciar la desvinculación por el juez, sobre la base de lo que yo os debo dar a este efecto" ["Traité des obligations", tomo III, (1818), n.º 672, p. 522].

utilidad (412).

Sin embargo, también se ha cuestionado (así lo hace, por ejemplo, A.M. Morales) hasta qué punto puede atribuirse a Pothier la opinión, de que el fundamento de las acciones edilicias reside en un incumplimiento del vendedor (413).

De todas formas, sí es claro que Pothier en modo alguno se planteó la posible conexión de las acciones edilicias con otras, de carácter general.

#### A.2. La doctrina de F. Laurent.

[96].- Este autor claramente fundamenta la garantía por vicios ocultos en el incumplimiento del vendedor. Lo deja ya entrever en varios apartados de sus "Principes de Droit civil", siendo en el "Avant-Projet du Code civil" (414), obra posterior, donde sostiene con rotundidad la aludida naturaleza.

---

412) POTHIER "Traité du Contrat de vente", n.º 202, p. 122.

413) A.M. MORALES MORENO: "De entrada, resulta artificioso hacer tomar postura a Pothier en un problema que es muy dudoso se hubiera planteado, e injusto encasillarle en una posición dogmática que sólo cobrará sentido en una etapa doctrinal posterior. Afirma, es cierto, que obligarse a procurar la cosa es 'obligarse' a procurarla de forma útil; pero matiza, que ello ocurre 'en la intención de las partes'. Este matiz y el conjunto del texto hacen pensar que no intenta fundamentar las acciones edilicias en el incumplimiento de un deber de prestación, con el significado dogmático actual, sino más bien y tan sólo, destacar que la utilidad de la cosa es un aspecto implícitamente incorporado al contrato" [ADC, (1980), p. 663].

414) Sobre la influencia ejercida por este "Avant-Projet" en nuestra codificación civil, véase el trabajo de SALVADOR CODERCH, P./SANTDIUMENGE, LL.M. "La influencia del Avant-Projet de Révision du Code civil belge de François Laurent en el Código civil español de 1889", en "Centenario-II", pp. 1921-1965.

[97].- En los "Principes de Droit civil", al menos en dos ocasiones, encontramos una alusión directa al incumplimiento del vendedor.

La primera es en la exposición que dedica a precisar qué requisitos debe tener un vicio para ser calificado de redhibitorio. En concreto, en el apartado dedicado a la exigencia de que el vicio exista en el momento de la celebración del contrato. Laurent recoge la justificación de Pothier, consistente en que desde que la venta es perfecta los riesgos de la cosa son del comprador, y añade: "Hay otra razón de decidir. La garantía esta fundada en la inejecución de las obligaciones contraídas por el vendedor; ahora bien, cuando él vende una cosa no viciada, satisface sus obligaciones; por consecuencia, el comprador no puede tener ninguna acción contra él" (415).

La segunda alusión la realiza en la exposición de las consecuencias que los vicios redhibitorios desencadenan. Laurent alude al art. 1644 C.c. francés, que permite al comprador optar entre ejercitar la acción redhibitoria y la estimatoria y señala que se trata del "derecho común". Es decir, la acción redhibitoria equivale a la resolución del contrato por la vía de la "condición resolutoria tácita", y la acción estimatoria equivale a la de ejecución del contrato, "en el sentido de que el vendedor le devuelve [al comprador] la parte del precio que no habría pagado si hubiera tenido conocimiento del vicio" (416).

---

415) F. LAURENT "Principes de Droit civil", tome vingt-quatrième, 3.e éd., (1878), n.º 286, p. 280.

416) F. LAURENT "Principes de Droit civil", tome vingt-quatrième, 3.e éd., (1878), n.º 289, pp. 285-286.

Hemos mencionado las dos ocasiones en las que, a nuestro parecer, Laurent resalta más directamente la justificación de

[98].- En el "Avant-Projet", en el apartado tercero de la exposición rubricada "De la garantía por vicios resolutorios", Laurent comienza recordando la doctrina de Pothier: obligarse a hacer tener la cosa al comprador, es obligarse a que éste la tenga útilmente, puesto que el comprador en vano tendría una cosa, si no puede serle de ninguna utilidad (417). Esto es lo que a su juicio caracteriza a ciertos vicios denominados redhibitorios, los cuales se llaman así porque el comprador tiene derecho a que el vendedor retome la cosa y le entregue el precio; "es decir --afirma de inmediato-- la venta es resuelta, en virtud de la condición resolutoria tácita del artículo 1184" (418).

---

las acciones edilicias en el incumplimiento del vendedor. Sin embargo, se trata de una idea presente a lo largo de toda su exposición. Así, a modo de ejemplo: "El comprador pide la resolución del contrato, o la restitución de una parte del precio; esto supone que el vendedor no ha cumplido su obligación; y, en efecto, él no la ha cumplido cuando entrega al comprador una cosa viciada en el sentido del artículo 1641. Bajo esta relación, hay una analogía entre la evicción y los vicios redhibitorios; en los dos casos el derecho del comprador está fundado sobre la condición resolutoria tácita que la ley entiende en los contratos sinalagmáticos, pero los efectos difieren considerablemente" (n.º 277, p. 272); "y si él [el comprador] lo ha conocido, él ha consentido comprar la cosa a pesar del vicio; desde entonces él no puede quejarse de que el vendedor ha faltado a sus obligaciones vendiéndole una cosa viciosa" (n.º 284, p. 278); el vendedor "es garante por esto sólo de que no ha cumplido sus obligaciones" (n.º 285, p. 280); "La acción redhibitoria es una acción resolutoria" (n.º 292, p. 287); "Los efectos de la acción redhibitoria son aquéllos de toda acción resolutoria" (n.º 293, p. 288); etc.

417) Supra n.ºm. 95.

418) F. LAURENT "Avant-Projet de Révision du Code civil", tome cinquième, (1885), p. 268.

Un poco más adelante, Laurent aclara su preferencia por la expresión "vicios resolutorios" en lugar de la de vicios redhibitorios: "Como ellos entrañan la resolución de la venta, es más lógico llamarlos 'vicios resolutorios'. Es un nuevo término; pero me parece que un nuevo principio demanda un nuevo lenguaje" (419).

Por otro lado, adviértase que esa expresión "vicios resolutorios" cobra mayor relevancia, si tenemos en cuenta que el art. 1691 del AvPCC sólo permite al comprador, ante el descubrimiento de los vicios, la resolución de la venta (420). La clásica acción estimatoria, que acompaña con carácter alternativo a la acción redhibitoria desde el Derecho romano, desapa-

---

419) F. LAURENT, "Avant-Projet de Révision du Code civil", tome cinquième, (1885), p. 268.

La idea, de que la garantía por vicios ocultos responde a un incumplimiento del vendedor, está más o menos presente en los breves comentarios que Laurent dedica a cada uno de los artículos del Avant-Projet. Por ejemplo, en el art. 1688: "El vicio no es otra cosa que la inejecución de una obligación del vendedor; él falta a sus vinculaciones entregando al comprador una cosa viciosa. Se encuentra pues en el caso de la condición resolutoria tácita" (p. 269); "¿No es más simple mantenerla [la venta], permitiendo al comprador hacerse devolver una parte del precio? Yo respondo que esto es contrario al principio de la garantía por defectos ocultos. Desde que el vendedor no cumple sus obligaciones, hay lugar a la resolución en virtud de la condición resolutoria tácita, sin que haya que distinguir si la ejecución es parcial o total" (p. 269); en el art. 1691: "Pothier enseña que no hay lugar a la garantía más que si el vicio existía cuando la venta. Hay una razón decisiva. La resolución está fundada sobre la inejecución de las vinculaciones del vendedor; ahora bien, cuando aquél vende una cosa no viciada, su obligación es cumplida, y, desde entonces, la acción resolutoria del artículo 1184 no tiene más fundamento" (p. 270); en el art. 1693: "El vendedor ha faltado a sus vinculaciones entregando al comprador una cosa infectada de un vicio redhibitorio o resolutorio; por consecuencia, él está obligado a la garantía" (p. 271).

420) Art. 1691 AvPCC: "L'acheteur qui demande la résolution de la vente doit prouver que le vice existait au temps du contrat".

rece en el AvPCC de Laurent (421).

**B. El incumplimiento como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina española del XIX y en la actual.**

[99].- La doctrina española del XIX anterior al Código civil, no conecta el saneamiento por vicios ocultos con el incumplimiento (422).

Al margen de que, como ya vimos, opte por aproximar los vicios ocultos al error accidental (423), no ha de olvidarse

---

421) Trasladándonos a la doctrina francesa moderna, encontramos que también se defiende la naturaleza del incumplimiento en la garantía por vicios ocultos. Entre otros, por ejemplo, NANA, quien afirma "que el vicio de la cosa es, en el orden cronológico, el primer embrión de la idea de inejecución en la ciencia jurídica romana"; "durante largo tiempo, el Derecho romano no había desenvuelto un principio general de la responsabilidad, el legislador no intervenía más que para reglamentar casos especiales. Poco a poco las diversas soluciones particulares vienen a fundamentarse en una misma teoría. Que la garantía por vicios haya conservado una cierta autonomía no implica necesariamente una calificación particular del defecto: permanece esencialmente un caso de inejecución"; "cuando los redactores del Código Napoleónico recogieron más tarde la institución de la garantía, ellos no vieron otra cosa más que una reglamentación especial de una hipótesis de no ejecución del contrato" [n.º 68, pp. 68-69; "La reparation des dommages causes par les vices d'une chose", (1982), n.º 64-73, pp. 66-71; sobre este autor volvemos más abajo, nota n.º 443]. También HUET, quien considera a la acción redhibitoria como una resolutoria, que se ejerce en las condiciones particulares de los arts. 1641 y ss C.c. francés [n.º 426, pp. 304-305, n.º 438, p. 308, y n.º 443, p. 310]; en cuanto a la acción estimatoria, entiende que puede acercarse a la rescisión por lesión, afirmando que "funciona a la manera de un diminutivo de la resolución" [n.º 447, p. 311; "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987)"]. Finalmente, recuérdese la opinión de GHESTIN, que, aunque defiende una naturaleza híbrida de la garantía por vicios ocultos, la relaciona con la resolución por incumplimiento (supra, nota n.º 339).

422) Infra, n.ºm. 104.

423) Supra n.ºm. 83 a 85..



que el régimen general del incumplimiento de una obligación no está tan claramente perfilado como en el Código civil. Este texto regula bastantes aspectos, algunos de los cuales ya lo habían sido recientemente para el Derecho mercantil, por el Código de comercio de 1885 (por ejemplo, la acción rescisoria o resolutoria; la de cumplimiento 'in natura') (424).

Tras el Código civil, y transcurridos bastantes años de su entrada en vigor, es cuando dentro de la doctrina española se empieza a defender el fundamento del incumplimiento para las acciones edilicias, sosteniéndose diferentes posturas, que pasamos a exponer.

#### B.1. La tesis de R. Bercovitz.

[100].- Este autor considera que la acción redhibitoria y la estimatoria poseen diferente naturaleza según que se apliquen a una compraventa específica o a una genérica, y defiende para la genérica el fundamento del incumplimiento (425).

424) Al respecto, véanse los n.ºm. 174 y ss.

425) R. BERCOVITZ sostiene: "(...) me llevará necesariamente a estudiar el fundamento de las acciones de saneamiento, punto estrechamente ligado con el de su naturaleza. Estudio que se divide en las dos partes correspondientes a las dos posibilidades de confusión de las acciones edilicias con las demás acciones mencionadas; lo que probablemente dé lugar a resultados diversos sobre la naturaleza de aquéllas (...). Una vez sentado esto, ya no es absurdo admitir que una acción pueda cambiar de naturaleza al incidir sobre contratos diversos" [ADC, (1969), pp. 779-780; recuérdese supra, nota n.º 224]. En el mismo trabajo afirma: "Hemos llegado a la conclusión de que el supuesto de vicios ocultos es un caso de imposibilidad parcial de la prestación del párrafo segundo del artículo 1460 del Código civil cuando se da en una compraventa de cosa específica; en cambio cuando se da en una compraventa de cosa genérica, el caso es de incumplimiento del artículo 1124 del Código civil" [op. cit., pp. 833-834].

Esta idea de la diversa naturaleza jurídica la encontramos en posteriores trabajos del autor. Así, con palabras práctica-

Presuponiendo que la especificación es un acto que compete al vendedor (426), R. Bercovitz señala que sobre éste recae la obligación de entregar una cosa que responda a la diseñada en la regla contractual. En otras palabras, debe dar una cosa sin vicios, y si ofrece en pago una con ellos, incumple.

Ahora bien, es posible que el comprador pueda percatarse en el mismo momento del ofrecimiento en pago, o en un período de tiempo próximo, del incumplimiento del vendedor. En tal caso nos encontramos ante un 'aliud pro alio' manifiesto, ante el cual, el comprador puede rechazar la cosa (ex art. 1166 CC) (427), disponiendo de las acciones generales de los arts. 1096

---

mente iguales a las que acabamos de transcribir, en "Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1490 para el ejercicio de las acciones edilicias (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971)", ADC, (1973), p. 359. También en el comentario a la STS de 10 de junio de 1983 en CCJC n.º 2, (1983), pp. 631 ss (al respecto infra, la nota n.º 428). E igualmente en el de la STS de 9 de abril de 1984: "Ciertamente que la naturaleza jurídica de las acciones de saneamiento por vicios ocultos cambia según se apliquen a compraventas genéricas o específicas, pero ello no afecta a que tengan en ambos casos los mismos efectos, sin que produzca problema alguno" [CCJC n.º 5, (1984), p. 1598; se trata de la continuación del texto que hemos transcrito, supra, en nota n.º 325].

426) R. BERCOVITZ en ADC (1969), pp. 810-811.

427) R. BERCOVITZ dice: "una interpretación racional del artículo 1166 no debe limitar su eficacia al mismo momento en que materialmente se recibe la cosa. La posibilidad de rechazarla (es decir, de comunicar al vendedor que se considera que su obligación no ha sido cumplida porque lo entregado es distinto a lo debido) debe subsistir todo el tiempo racionalmente necesario para que el nuevo poseedor, el comprador, entre en contacto con la cosa, para que la contemple detenidamente y la pruebe" [ADC, (1969), p. 824; véase también la p. 829]. Por otro lado, considera que los criterios contenidos en el art. 336 CCO, para el tráfico mercantil, pueden ser "una orientación para determinar la duración del plazo de ejercicio de la facultad brindada por el artículo 1166 del Código civil al comprador que no compra cosas muebles para revenderlas. Así, al trasladar al campo del Derecho civil el párrafo primero del artículo 336, no hay que olvidar de que en

y ss CC. Sin embargo, este régimen no opera, si puede entenderse, dados los actos del comprador, que éste admite que el vendedor ha cumplido.

Pero también es posible que el comprador sólo pueda darse cuenta del incumplimiento del vendedor en un momento claramente posterior al del ofrecimiento de pago, o al inmediatamente siguiente. En este otro caso --según este autor-- estamos ante un 'aliud pro alio' no manifiesto, cuyo régimen jurídico es el de las acciones edilicias (428).

Estas acciones, entiende R. Bercovitz, suponen una ventaja para el comprador, puesto que los seis meses del art. 1490 CC, contados desde la entrega, son un período de tiempo normalmente superior a aquél en que el comprador puede rechazar la cosa ex art. 1166 CC (dimensión sustantiva). Una vez que el comprador

---

él se parte de que el comerciante es (o mejor dicho, debe serlo a estos efectos) un perito en la materia, por lo que sólo podrá aplicarse el mismo criterio en las compraventas civiles cuando en el comprador coincida dicha condición" [pp. 829-830; ADC, (1969)].

428) R. BERCOVITZ, ADC, (1969), pp. 823-828 y 834; ADC, (1973), pp. 359-360; comentario a la STS de 6 de marzo de 1985, CCJC, n.º 8, (1985), pp. 2473-2474. También en su comentario a la STS de 10 de junio de 1983, del cual consideramos oportuna la siguiente transcripción en cuanto que contiene de forma resumida la tesis del autor: "De acuerdo con lo expuesto, en las compraventas de cosa genérica habrá que distinguir entre los vicios o defectos manifiestos, caso de 'aliud pro alio' sometido a los artículos 1101, 1124 y 1166 del Código civil (acciones generales de incumplimiento), y los vicios o defectos ocultos, que es en realidad un caso de 'aliud pro alio' también, aunque no manifiesto, sometido a los artículos 1484 y siguientes del Código civil (acciones de saneamiento por vicios). En las compraventas de cosa específica las acciones de saneamiento por vicios tienen otro sentido" [CCJC, n.º 2, (1983), p. 639; véase también la p. 638].

ha reclamado al vendedor en los seis meses, dispone de quince años para ejercitar judicialmente la acción elegida (art. 1964 CC) (429).

Finalmente, téngase presente que este cambio de régimen (de las acciones generales de incumplimiento a las edilicias) tiene lugar, siempre que el vendedor desconozca el vicio. En caso contrario, recuérdese, según R. Bercovitz, el comprador contará con las acciones generales de incumplimiento (430).

### B.2. La tesis de A. Rojo.

[101].- Este autor defiende una tesis similar a la de R. Bercovitz, aunque referida a los arts. 336 y 342 CCO (431).

Pensando implícitamente en la compraventa genérica, el modelo más frecuente en las relaciones mercantiles, Rojo señala que el vendedor tiene la obligación principal de entregar la cosa en las condiciones pactadas. La infracción de este deber lesiona el interés del adquirente, para cuya protección cuenta el comprador con el art. 336, equivalente al art. 1124 CC, o con el 342 CCO, dependiendo del carácter aparente u oculto del incumplimiento.

En otras palabras, ambos artículos del Código de comercio, 336 y 342, responden a un incumplimiento del vendedor de la obligación de entrega de la cosa (432).

---

429) R. BERCOVITZ, ADC, (1969), pp. 835-837; ADC, (1973), pp. 359-360.

430) Cfr., supra, n.ºm. 73.

431) Aunque el siguiente Cap., el III, lo dedicamos a la compraventa mercantil, exponemos aquí la tesis de Rojo, porque plantea la cuestión de la naturaleza de las acciones de los arts. 336 y 342 CCO. Téngase presente que la discusión entre los mercantilistas se centra, sobre todo, en la cuestión de la distinción entre las categorías de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio' (cfr. infra, n.ºm. 177 y ss).

432) ROJO: "El artículo 342 C. de c. atiende a un supuesto de hecho diverso del contemplado por el artículo 336.III. Ambos sancionan el incumplimiento de una misma obligación; pero lo hacen desde perspectiva distinta" [p. 279 "La responsabilidad civil del fabricante", (1974), pp. 237, 244-245, especialmente

### B.3. La tesis de T. Rubio Garrido.

[102].- Considera que las acciones edilicias se fundan en todo caso (tanto en la compraventa genérica como en la específica) (433) en el incumplimiento del vendedor.

Rubio afirma que el vendedor tiene una compleja situación debitoria (434), cuyo deber principal consiste en traspasar la cosa al comprador (435) y como deber instrumental (436), entre

las pp. 276-279].

433) Pensando en autores que sí diferencian ambos modelos de compraventa, RUBIO GARRIDO afirma: "Ahora bien, como el conflicto de intereses es idéntico en ambos casos [compraventa específica y genérica], me parece dudosa esta escisión de naturalezas jurídicas (por ejemplo, no parece sostenible la opinión de que la compraventa de cosa genérica no sea, en realidad, un verdadero contrato de compraventa (...))" ["La 'garantía' del artículo 11 LCU", ADC, (1990), fasc. III, pp. 883 y 890].

Esta idea crítica con otras posiciones doctrinales, y pensando para la normativa del Código civil, la volvemos a encontrar en RUBIO GARRIDO, en "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 477-478 (ya transcritas, supra, en n.ºm. 60) y p. 501.

434) Por compleja situación debitoria, entiende RUBIO GARRIDO: "recurrimos a la noción de obligación como una relación compleja, que no puede circunscribirse a la dualidad derecho y deber de prestación, y que contiene una serie abierta de deberes, que, junto a las facultades del acreedor y a sus eventuales obligaciones y deberes, conforman la relación contractual o relación obligatoria" ["Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), p. 342; también p. 343; de todas formas la idea de obligación compleja del vendedor está siempre presente a lo largo de la obra].

435) Dice así: "Por tanto, formulamos, como conclusión probada, que, (...), en nuestro ordenamiento, en virtud de todo válido contrato de compraventa nace una obligación de transmitir (dar) que vincula al vendedor [la negrita es de RUBIO GARRIDO; p. 88; también se trata de una idea presente en toda la obra, "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993)].

436) Junto al "comportamiento prestacional primario", consistente en el traspaso de la cosa (cfr. la nota inmediata a

otros, está el de entregar una cosa exenta de vicios. Esto es, el vendedor debe dar una cosa que resulte idónea al interés del

ésta), RUBIO GARRIDO diferencia una serie de deberes del vendedor:

a) Los deberes instrumentales o integrativos, que no persiguen una finalidad autónoma a la prestación principal de transmitir la cosa, "sino que tienden o contribuyen a la obtención de su (exacto) cumplimiento o a preservarlos, siendo, pues, **especificaciones de su complejo contenido debitorio, variable sub specie facti**" (la negrita es del autor; p. 285). La violación de estos deberes instrumentales implica, asimismo, la del deber principal de dar.

Por otra parte, no se trata de un 'numerus clausus', pudiendo tener su origen en la ley 'latu sensu' (v.gr. reglamentos), en la interpretación (subjética y objetiva) del contrato, o en otras fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC) (pp. 285-288). Entre otros, RUBIO GARRIDO califica de deberes instrumentales el de entregar y transmitir los accesorios y los frutos, el de entregar ciertos documentos (necesarios para la transmisión; para oponer la adquisición a terceros; para un goce íntegro del derecho), etc (pp. 291-336).

b) Los deberes accesorios, que "no tienden per se al exacto cumplimiento de la obligación principal, sino que tienden a un fin propio". De aquí que "su incumplimiento puede apreciarse incluso con independencia de un juicio sobre el cumplimiento o no de la obligación principal" (p. 336). Ahora bien, estos deberes accesorios están "en conexión esencial (no ocasional) con la obligación principal" (p. 337).

Asimismo, tampoco estos deberes accesorios constituyen un 'numerus clausus', pudiendo surgir por la ley, por la voluntad de las partes, o por otras vías de integración del contrato (pp. 337-341).

c) Los deberes complementarios, que ya se sitúan en otro plano. Con relativa frecuencia surgen cuestiones de calificación porque, si bien las partes hablan de compraventa, la inserción de ciertas cláusulas parecen rebasarla (por ejemplo, la enajenación de unos ordenadores, pactándose además un servicio de asistencia). "En estos casos existen unas prestaciones complementarias, que pese a un cierto carácter derivado de la prestación principal [sic], constituyen per se el contenido de otro contrato, y tienen su propia calificación causal. Estamos en los límites de lo que es una compleja posición debitoria de un vendedor: nos encontramos, más bien, en los terrenos de los **contratos coligados**, que justamente presuponen la existencia de **dos contratos distintos**, aunque se inserten en una única operación económica; (...)" (la negrita es del autor; pp. 341-342) ["Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993)].

comprador, incorporado al contrato (437). Esta obligación tiene su fuente en la ley, bien de forma directa --por ejemplo, la "garantía" del art. 11 LGDCU de alcance general--, bien de forma indirecta --en concreto, mediante la buena fe (objetiva) a la que aluden los arts. 7.1 y 1258 CC-- (438).

Constatada la existencia de la obligación del vendedor de dar cosa sin defectos, su infracción es calificable de incumplimiento, desencadenante de la responsabilidad contractual, siendo en este caso las acciones edilicias, la solución concreta que ofrece el ordenamiento.

---

437) Es ésta una idea presente en diversos trabajos de RUBIO GARRIDO.

Así, en uno primero: "cuyo objeto no va más allá de las obligaciones sinalagmáticas, que son fundamental efecto, y que, ex parte venditoris se sustancian en la compleja obligación de entregar, con fines transmisivos, un objeto idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente señalado" (p. 293); "de la compleja obligación del vendedor de entregar, con fines transmisivos, un objeto idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente establecido" [p. 300; RUBIO GARRIDO, "Interpretación del contrato. Nulidad por falta de objeto. Aliud pro alio. Resarcimiento debido por defecto en la cosa vendida. (Comentario a la STS, Sala 1.ª, 8 de marzo de 1989)", ADC, (1990), fasc. I, p. 293].

En otro segundo: "hoy en día parece poder dirigirse hacia la concepción de la obligación del vendedor, no reducida a la obligación de entrega, en su caso, concebida desde la estricta perspectiva transmisiva, sino enriquecida, de forma que, junto a ella, detectemos, por ejemplo, la obligación de entregar cosa dotada de ciertas cualidades mínimas y exenta de vicios, impuesta por la ley, como un elemento diverso, conformador de una posición debitoria compleja del vendedor" [RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, p. 890; también la p. 889].

Finalmente, en un tercer trabajo: "la obligación del vendedor de transmitir un derecho íntegro sobre un bien idóneo y exento de vicios y defectos. Es decir, que la integridad del derecho y la bondad e idoneidad de la cosa que es su objeto son elementos integrantes de la promesa del vendedor" [RUBIO GARRIDO, "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), p. 326; véanse hasta la p. 334].

438) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, pp. 888-889 y 891.

En opinión de Rubio, el supuesto de hecho del incumplimiento que justifica las acciones edilicias difiere, en parte, del que contiene el art. 1124 CC. Mientras que el art. 1124 CC alcanza a los casos en los que no se ha producido todavía la entrega material de la cosa, o a los que, habiendo ésta tenido lugar, el comprador rechaza la cosa inmediatamente y con justa causa, al no ajustarse a lo pactado, las acciones edilicias por el contrario se extienden a casos en los que ha habido entrega, y el incumplimiento del vendedor, por no ajustarse lo entregado a lo pactado, fue oculto para el comprador en ese momento; es decir, el comprador, aun siendo diligente, no pudo apercibirse de que el vendedor estaba incumpliendo la obligación. De aquí que la aceptación de la cosa fuera "aparente", siendo pertinente el remedio edilicio (439). En cambio, ambos regímenes (art. 1124 y saneamiento) tienen en común el que no se basan en la posible culpa del vendedor.

[103].- Es de interés traer a colación la argumentación que Rubio ofrece, justificando el distinto campo operativo de los arts. 1101 y 1124, y 1486 CC. Esencialmente es de carácter histórico. Se centra en tres grandes etapas: el Derecho romano (a), el Derecho intermedio (b) y la Codificación (c).

a) A propósito del Derecho romano, Rubio destaca cómo las acciones edilicias, de breve plazo y surgidas para proteger al comprador, "consagran la primera manifestación de una institución desconocida hasta entonces por el 'ius civile', como es la resolución de un contrato válidamente celebrado".

El breve plazo de ejercicio de las mismas no dió lugar a serios problemas en el Derecho romano. Ade-

---

439) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, pp. 293-294 y 299-300. También en "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), p. 627.



más, tal plazo "tendrá dificultades para subsistir cuando, cristalizada ya la figura del contrato consensual 'bonae fidei' de emptio-venditio, las acciones edilicias quedan absorbidas en el 'iudicium empti' (lo que significa precisamente que el vicio redhibitorio es considerado legalmente como una forma de violar el contrato) y se hacen valer mediante la acción contractual ('actio empti'), cuya duración es también ilimitada" (440).

b) En el Derecho intermedio las acciones edilicias, que inicialmente sólo se aplicaban a la venta de esclavos y animales, amplían su campo operativo a través de la analogía, extendiéndose a "ciertos objetos perecederos y susceptibles de tráfico mercantil". Para el resto de los bienes continúa aplicándose "el plazo perpetuo de la 'actio empti'" (441).

c) Por último, es en el momento de la codificación (mercantil y civil) cuando se produce un "profundísimo cambio", que, entiende Rubio, explica bastantes cosas.

Así, hasta la codificación, las acciones edilicias y la 'actio empti' son los únicos cauces a través de los cuales el comprador puede resolver la compraventa, si hay un "cumplimiento cualitativamente inexacto". Tras la codificación civil, aparecen las acciones generales de los arts. 1101 y 1124 CC, y las acciones edilicias, recogidas por el Código civil, pasan a ser acciones calificables "de especiales, e incluso, por calificarse de especiales pasan a ser acciones que precluyen el acceso a las generales (arts. 1101 y 1124 del C.c.) que ahora se crean" (442). Estas acciones especiales conservan su naturaleza de acciones fundadas en el incumplimiento.

[104].- En relación a esta argumentación histórica, hemos de señalar que otros autores, defensores también de la naturaleza del incumplimiento para las acciones edilicias, la han asimismo empleado. Sobre todo, a propósito del Derecho romano (443). Téngase presente,

440) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, p. 295; y ADC, (1990), fasc. III, p. 887.

441) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, p. 295.

442) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, pp. 295-296. Estas mismas ideas se encuentran en ADC, (1990), fasc. III, pp. 902-903; y de manera más resumida, en "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 612 y 632-633.

443) Por ejemplo, NANA, que defiende la naturaleza del incumplimiento para la garantía por vicios ocultos, y que afirma que la acción redhibitoria es un supuesto de acción resolutoria

que en un ordenamiento como el romano, que no conoce una acción general de resolución, la existencia de la acción redhibitoria, que permite al comprador la desvinculación de la venta, llama indudablemente la atención (444).

Por otra parte, también es de destacar, cómo, curiosamente, autores cuyo estudio se centra en la acción resolutoria de carácter general del art. 1124 CC, y no propiamente en las acciones edilicias, bien alu-

---

(supra, nota n.º 421). Este autor recuerda, que suele señalarse como antecedentes remotos de la acción resolutoria del art. 1184 C.c. francés, a la 'lex comisoria' y a la 'condictio sine causa non secuta', y que, las acciones edilicias, en concreto la redhibitoria, normalmente aparece en el plano histórico, al margen de aquélla acción. Sin embargo, NANA entiende, que esta manera de razonar es un error, y dice, que "el hecho de que las dos acciones [resolutoria y redhibitoria] hayan conocido desarrollos distintos a la vez, por las ideas que les han respectivamente servido de 'motor' o de 'vehículo', y por la cronología de su nacimiento en el curso de la historia, no es suficiente para convencer de una diferencia esencial entre ellas" (n.º 118, p. 93). Un poco más abajo, concluye: "Si la redhibición se mantiene paralelamente a la resolución por inejecución, es sobre todo por una razón muy simple: cuando esta última aparece en el curso de la historia, representa una institución menos perfeccionada que la acción redhibitoria; ésta permite alcanzar al autor de una entrega inútil por causa de la defectuosidad de la cosa; aquélla no es útil más que en el caso de ausencia total o parcial de ejecución, si bien que en materia de venta, la una y la otra se complementan recíprocamente. Los principios puestos más tarde en los artículos 1137 [efectos de las obligaciones] y 1147 [acción indemnizatoria] del Código civil habrían permitido eliminar un dualismo devenido inútil, si el peso de la historia y las costumbres no hubieran llevado a este campo a un espíritu de síntesis. Así, la historia no suministra ningún elemento que permita seriamente concluir a una diferencia profunda entre las dos acciones contractuales" (n.º 121, pp. 94-95) ["La reparation des dommages causes par les vices d'une chose", (1982), n.º 113-121, pp. 91-95; destaca también la semejanza de la resolutoria y la redhibitoria, en cuanto a los resultados que desencadenan y en cuanto a sus caracteres: n.º 122-136, pp. 95-100].

444) ARANGIO-RUIZ afirma: "En un sistema como el romano, que ignora asimismo la regla de la resolución de los contratos por incumplimiento, la introducción de la acción en discurso [la redhibitoria] representa una innovación audaz; y ello explica también el brevísimo plazo, de seis meses, dentro del cual la redhibitoria puede ser intentada" ["La compravendita in Diritto romano", vol. II, reproducción de la primera edición, (1980), p. 369].

den al saneamiento por vicios ocultos como un antecedente más de la acción resolutoria <sup>(445)</sup>; bien hablan sin más del saneamiento por vicios ocultos, dando por presupuesto que se trata de un supuesto de incumplimiento, y eludiendo, de esta manera, toda posible polémica doctrinal sobre la naturaleza de las acciones edilicias <sup>(446)</sup>.

Todo esto nos aconseja examinar, brevemente, la acción general resolutoria de las obligaciones sinalagmáticas, en el momento inmediatamente anterior a la Codificación civil. Veremos que la existencia de tal acción se admitía sin problemas. Acudimos (a) a las Partidas, como norma vigente en ese momento, (b) a la doctrina de los autores y (c) a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) En las Partidas no se localiza una ley, que con carácter general, permita la desvinculación contractual ante el incumplimiento del deudor. En cambio, ciertas leyes, sí contemplan la posibilidad de que el acreedor deshaga el contrato en casos, que podríamos conectar con el incumplimiento, y que nos permitirían aproximar esas leyes a la categoría actual de la resolución.

Nos referimos a la P. 5.5.38. y 58, de las cuales la primera regula el denominado pacto de 'lex comisorria' <sup>(447)</sup> y la segunda un contrato sometido a condi-

---

445) Así, DELL'AQUILLA, quien alude al saneamiento regulado en las leyes 63 a 66 de la P. 5.5. ["La resolución del contrato bilateral por incumplimiento", (1981), pp. 110-113].

446) Por ejemplo CLEMENTE MEORO, que dice: "en el Derecho inglés el concepto de incumplimiento engloba tanto el no cumplimiento sin 'lawful excuse' como los supuestos de cumplimiento defectuoso --con inclusión en este último concepto de lo que en el 'Civil Law' se conoce como vicios ocultos y evicción" (p. 90); "no cabe duda de que existe cierta analogía entre el saneamiento por (...) vicios ocultos y la resolución del contrato"; la existencia en la cosa de vicios "puede considerarse supuestos de incumplimiento en sentido amplio, ya que el acreedor no recibe aquello por lo que contrató" (p. 91) ["La resolución de los contratos por incumplimiento. (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)", (1992), pp. 91-93]. También, ALVAREZ VIGARAY, autor que defiende que los vicios ocultos responden a un cumplimiento defectuoso (sobre su opinión, infra, nota n.º 466).

447) P. 5.5.38: "Quales posturas, o pleytos, que fazen el vendedor e el comprador entre si, son valederas: (...) Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio a dia señalado, e si non lo pagara aquel dia, que sea desfecha porende la vendida; que

ción por las partes <sup>(448)</sup>. Adviértase que en estas leyes en modo alguno nos encontramos ante una "condición resolutoria" como la del art. 1124 CC.

Igualmente hemos de referirnos a las leyes 3 y 5 de la P. 5.6., que trata de los "Cambios". En la ley 3 se contempla la posible resolución de la permuta, cuando el otro contratante incumple <sup>(449)</sup>, y en la 5,

---

tal pleyto como este es valedero; e gana porende el vendedor la señal, o la parte de precio que le fue dado, si al plazo non le fue fecha la paga, toda, o la mayor parte della: e desfazerse la vendida. Pero con todo esto, en su escongenia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para si la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E despues que ouiere escogido vna de destas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, de manera que dexe aquella, por auer la otra (...)"

448) p. 5.5.58: "Como se puede desfazer la vendida, si el comprador non guarda el pleyto que puso sobre ella: Mveuense los omes a las vegadas, a vender sus cosas, por pleyto que les fazen ante las vendidas, o por cosa que les prometen; de manera que si esto non les prometiessen, de otra guissa non las querian vender. E porende dezimos, que quando algo vendiesse su cosa sobre tal pleyto, que conuiene en todas guisas, que el pleyto sea guardado: ca si non lo guardassen en la manera que fue puesto, desfazerse y a porende la vendida. Mas si la vendida fuesse fecha de otra guisa, que la non fiziessen señaladamente por razon de los pleytos, mas auiniendose el comprador, e el vendedor en la vendida; e de si, fiziessen pleytos despues en razon della, entonce valdria, e non se puede desatar, maguer los pleytos non fuesssen guardados. Pero aquel que fizo la postura, tenuto es de la cumplir, e de emendar al otro los daños, e los menoscabos quel vinieron, que fue puesto en la vendida".

449) P. 5.6.3.: "De la fuerca de ha el cambio: (...) Mas si el cambio fue fecho tan solamente por palabras, diziendo assi la vna de las partes: Quiero cambiar tal mi casa con vos; e la otra parte dixesse simplemente quel plazia, sin otro prometimiento, assi como sobredicho es; entonce, bien se podria arrepentir qualquier de las partes, e non seria tenuto de cumplir el cambio que desta manera fuesse fecho. E si por aventura, el cambio fuesse ya comecado a cumplir por fecho de alguna de las partes, dando o entregando la cosa que prometiera de cambiar, e la otra parte despues desto non quissiesse dar lo que prometiera; entonce dezimos, que es en escogencia de aquel que lo cumplio, de cobrar lo que dio, o de demandar al otro los daños, e los menoscabos que le vinieron por esta razon. E estos menoscabos se deuen judgar, e pechar, por jura de aquel que los deue rescibir, estimandolos primeramente el Judgador".

que define los diferentes tipos de contratos innominados, se señala que el incumplimiento de un contratante de aquello a que lo se obligó a hacer, permite al otro pedir la devolución de la cosa ya entregada (450): Nótese que en estas otras leyes de Partida la facultad de deshacer el contrato es dada por el Derecho, y no deriva de un cláusula inserta por la partes en el contrato.

b) En contraste con las Partidas, la doctrina española del XIX anterior al Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior también al Código civil, conocen y admiten con carácter general la facultad resolutoria tácita para las obligaciones sinalagmáticas (451).

Quando la doctrina del XIX anterior al Código civil expone la condición resolutoria, como un supuesto de extinción de las obligaciones, afirma, sin claro apoyo legal, como acabamos de ver, que en los contratos bilaterales se sobrentiende implícita la condición resolutoria para el caso en que uno de los contratantes incumpla (452). Se está aludiendo, es evidente, a

---

450) P. 5.6.5.: "De los pleytos, que son llamados en latin Contractos innominatos, que han semejanca con el cambio: Contratos innominatos en latin, tanto quiere dezir en romance, como pleytos e posturas, que los omes ponen entre si, e que non han nomes señalados: e son quatro manera dellos. La primera es, quando alguno da su cosa por otra: este es cambio, de que fablamos en las leyes ante desta. La segunda, es quando alguno da su cosa a otro (solo que non le den dineros contados) porque le faga otra cosa por ella. Ca entonce dezimos, que si aquel non cumpliesse lo que prometio, en su escogencia es del otro, de demandarle la cosa que le dio por esta razon, o quel le peche los daños e los menoscabos que porende rescibio; los quales deuen ser creydos con su jura, e con estimacion del Judgador (...)"

451) En este sentido son expresivas las palabras de P. SALVADOR CODERCH: "Sin embargo, antes de la recepción legal de la doctrina de la condición resolutoria tácita ésta había sido asumida por los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: A partir de finales del segundo tercio del siglo XIX el T.S. comienza a admitir la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, sobre todo cuanto éste sea manifiesto y persistente. De hecho la introducción en el C.c. de la regla del artículo 1124 C.c. no significará un cambio real con el sistema anterior, sino la culminación de una tendencia" ["Constitución española, compilación catalana y derecho supletorio. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985)", ADC, (1985), pp. 749-750].

452) B. GUTIERREZ FERNANDEZ: "los contratos bilaterales llevan implícita la condición resolutoria para el caso de que uno de los contratantes no cumpla su obligación, porque nadie desea y entiende obligarse si no en tanto que el otro contrayente, por

la facultad resolutoria tácita, después recogida por el art. 1124 CC.

c) En cuanto al Tribunal Supremo, éste califica de "doctrina legal", con las implicaciones que conlleva (<sup>453</sup>), la regla de que en las obligaciones sinalag-

su parte, cumpla lo pactado ["Códigos ó Estudios fundamentales-IV", p. 180]. J. ESCRICHE: "La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos ó bilaterales para el caso de que una de las partes no cumpliere la obligación que ha contraído; pues la otra entonces tendrá la elección de compelerla á la ejecución del convenio, ó de pedir su rescisión ó anulacion con el resarcimiento de daños y perjuicios" [v. Condición resolutoria, "Diccionario razonado-II", p. 474]. S. DEL VISO: "En una palabra, 'la condición resolutoria' se sobreentiende siempre en los 'contratos bilaterales' para el caso en que una de las partes no cumpliera la obligación que hubiere contraído, por la razón de que en estos contratos cada una de las partes en tanto se reputa obligada en cuanto la otra cumple lo pactado, y por lo mismo, faltando esta circunstancia de parte de un contrayente, preciso es que caduque ó se rescinda la convención" ["Lecciones elementales-III", p. 134]. P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN: "El pacto de la 'ley comisoría', el de 'adictio in diem' y el de 'retroventa' pertenecen á la clase de condiciones resolutorias. Estas dependen generalmente de la voluntad de los otorgantes; pero hay algunas que se hallan sancionadas por disposición de derecho. Así en los contratos bilaterales, cada parte se reputa obligada bajo la condición resolutoria de que la otra cumpla lo pactado" ["Elementos del derecho civil-II", p. 226].

También GARCIA GOYENA recoge esta doctrina a propósito del art. 1042 PCC 1851, antecedente del art. 1124 CC, cuando dice: "Nuestro artículo 1042 ilustra y fija este punto vago y oscuro en Derecho Romano y Patrio: la condición resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación ["Concordancias", p. 561].

453) Entre las causas que la LEC de 5 octubre de 1855 admitía para la interposición del recurso de casación, no aparecía la de infracción de la "doctrina legal". Su art. 1012 decía que el recurso de casación "puede fundarse: en que la sentencia sea contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales". MANRESA/REUS, a propósito de la doctrina del art. 1012 LEC 1851, afirmaron: "La doctrina, á que se refiere la Ley, es sin duda alguna la doctrina legal, de cuya locución, como sinónima de aquélla, se usa en los arts. 1014, 1016, 1025 y en otros; y por doctrina legal debe entenderse la que tiene, más ó menos explícitamente, su fundamento y apoyo en la ley, ó en las reglas del derecho; la que se deriva de éstas ó de aquélla, como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro, y ha llegado á constituir lo que se llama jurisprudencia" ["Ley de Enjuiciamiento civil", (1861), p. 384].

La redacción originaria de la LEC de 23 de febrero de 1881

máticas existe la facultad resolutoria tácita (454).

No obstante, ha de advertirse que tal y como se expresa el Tribunal Supremo, podría entenderse, en una lectura rápida de algunas sentencias, que más bien parece aludir a la excepción de contrato incumplido. Esta apreciación se desvanece desde el momento en que se acude a los motivos alegados por el recurrente en casación, quien lo que pretende es la desvinculación del contrato (455). Por otro lado, otras sentencias, ya claramente, hablan de que el contrato se "rescinde"

---

volvió a emplear la expresión "doctrina legal". El art. 1691 decía: "El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.ª Infracción de ley o de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia. (...)" [sobre el significado de los términos "doctrina legal" y "doctrina jurisprudencial", con relación a la LEC 1881: F. DE CASTRO, "Derecho civil de España-I", pp. 502-512; especialmente las pp. 510-512]. En cambio, la reforma de la LEC, operada en 1984, suprime los términos de "doctrina legal".

454) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior al Código civil, acerca de la facultad resolutoria tácita: J.M.ª PLANAS Y CASALS, "Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes", RJC, (1895), pp. 185-194.

455) La STS de 24 de enero de 1867 (CL n.º 24), la cual confirmó la sentencia de instancia acerca de la desvinculación contractual, dice: "Todo contrato del que nacen obligaciones recíprocas, cuando por uno de los contratantes se falta á su cumplimiento, no es obligatorio respecto del otro" (cdo n.º 3). La importancia de esta sentencia radica, a nuestro entender, en que parece, que de ella arranca la doctrina jurisprudencial que admite la resolución de los contratos sinalagmáticos ante el incumplimiento de uno de los contratantes. En este sentido, es citada por la STS de 17 de diciembre de 1869, que no aplicó la presente doctrina por resolver sobre una cuestión sucesoria; además, cuando los recurrentes en casación suplican la desvinculación contractual, suelen invocar en apoyo de su pretensión la doctrina de dicha STS de 29 de enero de 1869.

La STS de 8 de enero de 1874 (CL n.º 24), que no admitió la desvinculación pretendida por el cesionario de un crédito, afirma: "la doctrina legal de que se hace mérito en el segundo motivo acerca de que los contratos bilaterales dejan de ser obligatorios cuando una de las partes falta a lo convenido en ellos no tiene aplicación al caso, que se resuelve por las citadas leyes 38 y 58 del título 5.º, Partida 5.ª" (cdo n.º 2).

La STS de 12 de diciembre de 1881 (CL n.º 499) señala: "la doctrina legal citada en el quinto motivo del mismo recurso, de que los contratos bilaterales dejan de ser obligatorios para una de las partes cuando la otra falta á lo convenido en ellos, se refiere a la falta absoluta de cumplimiento" (cdo n.º 2).

(456).

Asimismo es de señalar que el Tribunal Supremo parece concebir la facultad resolutoria tácita como figura distinta a las contempladas en las leyes 38 y 58 de la P. S.S. (457).

Podemos concluir, por tanto, que antes del art. 1124 CC, la facultad resolutoria tácita ya se aplicaba con carácter general. Esto es relevante, en cuanto que resalta que la doctrina del XIX anterior al Código civil --concedora de la acción general resolutoria y de la acción especial redhibitoria-- no las relaciona en ningún momento (458). Estas dos acciones son recogidas por el Código civil, de manera muy semejante a como estaban construidas en la doctrina anterior.

Puede afirmarse así que, a veces, un análisis de la historia nos muestra una evolución seguida, de la que no es consciente la doctrina de la época. Y en este sentido ha de advertirse del siguiente peligro: que los instrumentos dogmáticos utilizados por los autores del XIX no son iguales a los de nuestra actual técnica de análisis. Esto dificulta, en cierto modo, la interpretación que hoy pueda hacerse de tales textos.

#### B.4. La tesis de G. García Cantero.

---

456) La STS de 7 de julio de 1885, que casó la de instancia y declaró rescindido el contrato, afirma: "porque la rescisión de los contratos puede pedirse cuando falta de una manera persistente por una de las partes al conjunto de obligaciones que han de cumplirse sucesivamente, o a la más principales que constituyen la esencia del convenio" (cdo único).

En el mismo sentido la STS de 4 de enero de 1888, que confirmó la sentencia de instancia, la cual había declarado rescindido el contrato celebrado. Dice esta otra sentencia: "no infringe la Sala el principio admitido por la jurisprudencia de este Tribunal, de que procede la rescisión de los contratos bilaterales cuando una de las partes deja de cumplir las obligaciones contraídas" (cdo n.º 1).

457) Cfr. supra, notas n.º 447, para la Ley 38, y n.º 448, para la Ley 58.

458) Ni en la exposición del saneamiento por vicios ocultos (supra, n.ºm. 83), ni en la de la acción resolutoria (supra, nota n.º 452).



[105].- Este autor afirma, que "la responsabilidad del vendedor por saneamiento (...) es una obligación de carácter legal, que forma parte del contenido del contrato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1258; que representa, en sentido amplio, una forma de incumplimiento, pero que está sujeta a un régimen especial muy condicionado por sus antecedentes romanos" (459).

El régimen especial al que alude García Cantero, es el de las acciones edilicias, cuyos efectos difieren de la acción resolutoria del art. 1124 CC.

Por otro parte, en diversas ocasiones García Cantero caracteriza la obligación del vendedor del saneamiento por vicios ocultos como obligación distinta y autónoma de la de entregar la cosa. Esa independencia se constata, entre otras cosas, en que el incumplimiento de la obligación de entregar puede desencadenar la aplicación del art. 1124 CC, mientras que el incumplimiento de la del saneamiento por vicios acarrea la aplicación de las acciones edilicias (460). No obstante esto, García Cantero reconoce que ambas obligaciones poseen, entre sí, "inegables relaciones" (461).

#### **B.5. El cumplimiento defectuoso y las acciones edilicias.**

---

459) GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa-XIX" p. 278; para esa idea de que el saneamiento es una obligación legal, también, las pp. 351-353, 365, 368 y 389.

460) GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa-XIX", pp. 174, 276, 278, 365.

461) GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa-XIX", p. 278.

[106]. Frente a las anteriores posturas relacionadas con el incumplimiento, en las que no se da una total coincidencia, ésta del cumplimiento defectuoso (462) es compartida por varios autores sin aparentes divergencias entre ellos.

Su origen parece atribuible a Díez-Picazo, en el breve comentario que dedica a la sentencia de 16 de enero de 1930, en la cual el Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, declaró, en virtud del art. 1124 CC, la resolución de la compra de unos motores que resultaron no aptos "para poner en funcionamiento las dos piedras de que constaba el molino en que había de ser instalado" (cdo n.º 4) (463).

Díez-Picazo señaló, que el Tribunal Supremo había aplicado el art. 1124 CC a un caso de prestación defectuosa, y afirmó que "la cuestión de la prestación defectuosa en materia de compraventa parece tener su cauce a través de la acción redhibitoria por vicios ocultos" (464). En posteriores trabajos, este

---

462) Un estudio sobre esta figura y aspectos conexos, en MARTINEZ CALCERRADA, "Cumplimiento defectuoso de la prestación. (Su inclusión en la 'contravención' o cuarta causa del artículo 1101 del Código civil)", RCDI, (1976), pp. 1335-1395.

463) Sobre esta sentencia volvemos más adelante, por cuanto que parece ser la primera, en la que el Tribunal Supremo entiende el incumplimiento, claramente, desde una perspectiva funcional (al respecto infra, n.ºm. 127).

464) Un poco más abajo dice: "A mi juicio, no nos encontramos en presencia del supuesto típico del artículo 1124 del C.C., sino ante un caso de prestación defectuosa (Schlechtsleistung) con falta de utilidad para el acreedor, que puede encuadrarse en lo que la doctrina alemana viene llamando 'lesiones contractuales positivas' (positiven Vertragsverletzungen) (...). Otra cosa es que el supuesto constituya en nuestro ordenamiento jurídico una auténtica laguna legal, que deba ser suplida aplicando por analogía el artículo 1124" [DÍEZ-PICAZO "Estudios sobre la jurisprudencia civil", vol. I, (1966), p. 358]

autor vuelve sobre el tema, indicando que las acciones edilicias son un supuesto, tipificado, de la categoría más amplia del cumplimiento defectuoso (465).

Apoyándose en su autoridad, otros autores también justifican las acciones edilicias como supuesto de cumplimiento defectuoso del vendedor (466).

En cuanto a las obras de carácter general (manuales), en la exposición del cumplimiento defectuoso suele plantearse la cuestión, de si las acciones edilicias son un supuesto especial de esa categoría, remitiéndose su solución al contrato de compraventa. Sin embargo, en este contrato se vuelve a indicar que las acciones edilicias son un supuesto de cumplimiento defectuoso, sin añadirse nada más (467).

#### **4.3.3. La imputación del riesgo del carácter defectuoso de la cosa al vendedor, como función de las acciones edilicias.**

[107].- Con distintos matices, esta función la destacan R. Ber-

---

465) L. DIEZ-PICAZO, "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", ADC, (1969), pp. 388-389; "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias" pp. 665-667.

466) ALVAREZ VIGARAY "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento", (1986), pp. 166-167; PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil: obligaciones I-II", pp. 434-435.

467) ALBALADEJO "Derecho civil II-1.º", pp. 191-192, y "Derecho civil II-2.º", pp. 37-38; DIEZ-PICAZO/GULLON "Sistema-II", p. 212, nota n.º 5, aunque en el contrato de compraventa no se pronuncian con tanta claridad; LACRUZ BERDEJO en "Elementos II-1.º", pp. 270 y 291, y "Elementos II-3.º", p. 65.

Recuérdese a PUIG BRUTAU citado en la nota inmediata a ésta.

covitz --a condición de que la compraventa sea específica, desde su nacimiento (468)--, y Morales.

R. Bercovitz parte de que el contenido contractual se configura mediante la designación de la cosa y la configuración que de ella hagan las partes (cualidades). Si faltan las cualidades señaladas, se produce una imposibilidad originaria y parcial, lo cual supone un riesgo que por diversas razones el legislador atribuye al vendedor y no al comprador.

Por otra parte, precisa Bercovitz, este riesgo de imposibilidad del art. 1484 CC difiere del que contempla el art. 1460.II CC (pérdida parcial y originaria de la cosa). En el art. 1484 CC los defectos de la cosa (cualitativos y cuantitativos) son objetivamente desconocidos por el comprador en el sentido de que, incluso aunque vea la cosa, no puede darse cuenta de su carácter defectuoso. En cambio, el art. 1460.II CC piensa en el caso de una cosa cuyos defectos (cualitativos y cuantitativos) son manifiestos, pero que el comprador no pudo conocerlos hasta su entrega, pues celebró el contrato sin estar aquélla presente (469).

Morales considera que las acciones edilicias son, por diversas razones, unas acciones especiales de carácter objetivo y significan una atribución de riesgo al vendedor de buena fe. Según los principios generales del Derecho de obligaciones, el vendedor no responde de los defectos de la cosa, si nada afirma y actúa de buena fe; sin embargo, en virtud del saneamiento por

---

468) Recuérdese, para la compraventa genérica, lo dicho supra, n.ºm. 100, y para la específica, la nota n.º 397.

469) R. BERCOVITZ, ADC, (1969), pp. 801-809.

vicios ocultos, sí responde. Ahora bien, en compensación a esa atribución de riesgo, ésta se limita en el tiempo (seis meses) y en el contenido (el propio de las acciones edilicias) (470).

#### 4.3.4. Las acciones edilicias como remedio fundado en la responsabilidad del vendedor.

[108].- Esta tesis la defiende Morales, para los casos en que el vendedor es de mala fe.

Este autor considera que las acciones edilicias cambian su justificación, según que el vendedor actúe con buena o mala fe, constituyendo en el segundo caso una medida de responsabilidad. La relevancia de esta calificación se traduce en que la autonomía de la voluntad no puede jugar, a fin de modificar este régimen del saneamiento por vicios ocultos (471).

---

470) MORALES, ADC, (1980), pp. 679-682; "Comentario CC-II" p. 955.

Este autor apunta la posibilidad de construir el Derecho de contratos (aunque habla del negocio jurídico) como un sistema de reglas, que distribuye entre las partes, los riesgos que surgen por el mero hecho de contratar. La cuestión a resolver es, si los daños que pueden surgir debe soportarlos el adquirente o el transmitente. A modo de simples apuntes, MORALES señala que los criterios de distribución del riesgo pueden basarse en la culpa u operar al margen de ella; y limitándose al problema de las anomalías cualitativas de la cosa alude, desde esa perspectiva de la distribución de riesgos, a las acciones edilicias, al error, a la garantía pactada, al incumplimiento y a la 'culpa in contrahendo' [MORALES "EL 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", ADC, (1983), pp. 1530, 1536 y 1539-1543].

471) MORALES: "En los casos de dolo (engaño, reticencia dolosa) las medidas de saneamiento (además de no poder ser excluidas por la voluntad) adquieren un significado distinto del que tienen normalmente. Dejan de ser una medida de riesgo y se convierten en una medida de responsabilidad" ["Comentario CC-II" p. 959].

#### 4.3.5. La lesión del comprador como fundamento de las acciones edilicias.

[109].- Recientemente, M.<sup>º</sup>R. Llácer sostiene este fundamento, en una detallada monografía (472), que no se limita a la compraventa.

En síntesis, esta autora considera que las acciones edilicias son la respuesta que el Código civil ofrece al acreedor (en nuestro caso, comprador), lesionado por la entrega de una cosa con vicios, tratándose esto de una manifestación inherente a los contratos onerosos (473).

472) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica", (1992).

473) LLACER muestra, en apoyo de su opinión, una amplia línea histórica que expone a lo largo de los dos primeros capítulos de la obra. De manera esquemática, podemos resumirla así:

a) Los autores del Derecho común, interpretando el Digesto, conectan las acciones edilicias surgidas por los vicios ocultos con la noción de 'deceptio' (engaño en sentido objetivo); concretamente, con la 'deceptio circa rem', supuesto de la 'deceptio re ipsa'. Lo que justifica la figura de la 'deceptio' es la 'aequalitas', que exige una igualdad en el intercambio cosa y precio y que es propia a todo contrato oneroso, categoría esta última que todavía no posee una gran elaboración.

b) Los iusnaturalistas del XVII aportaron su construcción de los contratos y definieron los onerosos como aquéllos en los que hay un intercambio de actos, entre los cuales debe darse una relación de equivalencia ('aequalitas'), siendo esto un elemento esencial. Esa relación de equivalencia debe darse ya en los tratos precontractuales, lo que a su vez justifica la obligación del vendedor de manifestar al comprador los defectos de la cosa.

c) Pothier recoge la idea de la exigencia de 'aequalitas' en los tratos precontractuales, lo que conduce a que el vendedor debe comunicar, con fundamento en la buena fe, los defectos en la cosa al comprador. Pero las obligaciones derivadas de la buena fe sólo vinculan en el fuero interno, no en el externo, salvo que una norma las recoja. En relación a las acciones edilicias, Pothier establece la obligación de garantía, continuación de la de entregar, a cargo del vendedor, por los defectos ocultos en la cosa, que es propia del contrato oneroso.

d) Vigente el Código civil francés de 1804, surge la cuestión de si se sigue conectando la responsabilidad edilicia con la idea de desequilibrio no querido entre prestaciones y por tanto con la de contrato oneroso. La respuesta es que, si bien a nivel general no se niega esa relación, lo cierto es que no

La lesión del comprador se produce en la cosa y no en el precio, ya que esta última modalidad desaparece en nuestro ordenamiento con la codificación civil, a excepción de los casos del art. 1291, n.º 1 y 2 CC (474). Se produce, además, en el momento de la perfección del contrato, cuando las partes fijan el precio y presuponen que se trata de una cosa sin vicios. El posterior descubrimiento de éstos saca a la luz el desequilibrio, que hasta entonces fue oculto, y desde luego no querido (475).

Ahora bien --señala M.ªR. Llácer--, si nuestro ordenamiento no exige un justo equilibrio entre las mutuas prestaciones de los contratos onerosos, parece difícil sostener que el saneamiento por vicios ocultos se justifica en la lesión sufrida por el comprador, pues ésta sería irrelevante.

Frente a esta autocrítica, la autora precisa que la causa de los contratos onerosos consiste en el intercambio de presta-

---

se tiene en cuenta en la determinación de la naturaleza de las acciones edilicias.

e) En cuanto a la doctrina española del XIX anterior al Código civil, ésta suele situar el remedio edilicio como supuesto de rescisión del contrato por engaño en la cosa e inherente a los contratos onerosos ["El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 15-88].

474) En cambio, recuérdese que el Código civil admite esta figura en la partición de la herencia (arts. 1074 a 1079). Para el Derecho de contratos admiten la rescisión por lesión la Compilación de Cataluña (arts. 321 a 325) y la Navarra [arts. 449 a 508; al respecto, DELGADO ECHEVERRIA, "La rescisión por lesión en el Derecho Navarro", RJN, n.º 3, (1987), pp. 13-26]. Con carácter más amplio, puede consultarse ALVAREZ VIGARAY/AYMERICH DE RENTERIA, "La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral", (1989); más brevemente, ESPIN CANOVAS, "Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión", RDP, (1988), pp. 211-232.

475) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 114-120.

ciones y este intercambio, si bien no pretende alcanzar el justo equilibrio económico, sí, al menos, tiende a su consecución (476). El surgimiento del vicio de la cosa manifiesta la no tendencia al equilibrio económico entre contraprestaciones, puesto que las partes determinaron el precio ignorando aquél. En otras palabras, el saneamiento por vicios ocultos no defiende el equilibrio objetivo entre las prestaciones de los contratos onerosos, no tenido en cuenta por el Código civil, sino que protege el equilibrio subjetivo de las contraprestaciones de los contratos onerosos (el querido por ambas partes contratantes), según criterios objetivos (477).

Las acciones edilicias del art. 1486 CC permiten al comprador restaurar la tendencia al equilibrio económico de las contraprestaciones de los contratos onerosos, y esto justifica, que M.<sup>º</sup>R. Llácer califique las normas del saneamiento por vicios ocultos como normas causales (protegen la causa de una tipología de contratos, en este caso, la del oneroso) (478). De este modo, el comprador puede ejercitar la acción estimatoria, recuperando el equilibrio mediante la reducción del precio, o

---

476) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 99-102.

477) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 102-105.

478) LLACER: "la causa del contrato conlleva una función de tutela: una vez querido el tipo o negocio, se aplican las normas propias de la función económica que desempeña. Estas normas dirigidas a la salvaguarda de la función económica típica del contrato pactado se denomina normas causales" ["El saneamiento por vicios ocultos", (1992), p. 94].



la acción redhibitoria, que elimina el desequilibrio, vía desvinculación contractual (479).

#### 4.3.6. Breves conclusiones sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de las acciones edilicias.

[110].- A nuestro entender, tras esta amplia exposición, parece demostrado, de sobra, la actualidad de las preguntas, que Vi-vante se planteaba a principios del presente siglo (480).

Por otra parte, tras esta exposición, tres conclusiones, al menos, podemos retener.

Primera: Es posible calificar las acciones edilicias de acciones "poliédricas", en el sentido de que son acciones que pueden analizarse desde muy distintas perspectivas. Todas ellas contienen una parte de verdad, que no ha de impedirnos olvidar la que pueden arrojar otras.

Téngase en cuenta, además, que el argumento histórico, el cual suele suministrar a algunos autores un importante punto de apoyo, no favorece a una concreta justificación de las acciones edilicias, sobre otra posible. En la historia, encontramos tanto autores defensores de una naturaleza, cuanto autores defensores de otra.

Segunda: Puede afirmarse que las acciones edilicias constituyen un aspecto clave del Derecho de Contratos y Obligaciones, por su conexión con las categorías generales de esos ámbi-

---

479) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 120-134, en donde se desarrolla el funcionamiento de estas acciones.

480) Cfr. supra, n.ºm. 77.

tos. Por eso, su estudio impone constatar el significado y función de esas categorías, así como la evolución que experimentan.

La justificación y función de las acciones edilicias están en parte condicionadas por la previa concepción que se tenga de categorías como el error vicio del consentimiento, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual, la responsabilidad 'in contrahendo', el riesgo en la contratación, etc.

Nótese, que en la medida que los requisitos de aplicación de las categorías generales son objeto (dentro de los límites que ofrece el tenor del texto legal) de diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, la naturaleza de las acciones edilicias puede entenderse de forma diferente.

En este sentido, por ejemplo, tradicionalmente se ha entendido que la responsabilidad contractual opera con criterios de culpa. Frente a esto, las acciones edilicias contrastan, por cuanto que funcionan al margen de la posible culpa del vendedor (art. 1485 CC). Mas en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia evolucionan, entendiendo que la responsabilidad contractual opera con criterios independientes de la culpa del deudor, tal como está ocurriendo (481), el anterior elemento diferencial de las acciones edilicias desaparece.

Otro ejemplo de lo dicho lo encontramos a propósito del incumplimiento y del concepto que del mismo se mantenga (482):

---

481) Cfr. supra, nota n.º 269.

482) Cfr. supra, n.ºm. 93.

cuanto más amplio éste sea, mayor probabilidad existe de que se defienda que el incumplimiento es el fundamento de las acciones edilicias.

En cuanto al error vicio, según se entienda que sólo exige para ser relevante el carácter esencial del error y la excusabilidad del comprador, o, además de esto, la posibilidad de su imputabilidad al vendedor, podremos o no ver una coincidencia entre ambas figuras (483); etc.

Tercera: Ciertas justificaciones de las acciones edilicias no son incompatibles con otras, como la idea de la atribución del riesgo del carácter defectuoso de la cosa, o a la de la lesión sufrida por el comprador.

Cuarta: La naturaleza de las acciones edilicias nos ha interesado por cuanto que es el paso previo y necesario para poder superar la diferencia de régimen entre la compraventa genérica (el de las acciones generales de incumplimiento) y la específica (el saneamiento por vicios ocultos) cuando la cosa entregada adolece de anomalías cualitativas.

Justificadas las acciones edilicias en alguna categoría general, de inmediato se plantea si el comprador puede, además de las acciones edilicias, ejercitar otras generales de la correspondiente figura.

Esta cuestión primero surge a propósito de la acción de anulación por error. Más tarde, cuando se defiende en nuestro ordenamiento el incumplimiento como naturaleza de las acciones edilicias, se plantea la posibilidad de la compatibilidad de

---

483) Cfr. supra, nota n.º 401.

éstas, con las acciones generales fundadas en el mismo (arts. 1096 y ss CC). Admitida la compatibilidad, se produce indirectamente la superación de las diferencias entre la compraventa genérica y la específica, y el ordenamiento evoluciona hacia la creación de un sistema unitario de acciones integrado tanto por las acciones edilicias como por las generales del incumplimiento.

#### **4.4. Concurrencia y articulación de las acciones edilicias y las generales fundadas en el error o en el incumplimiento.**

[111].- La calificación de la naturaleza jurídica de las acciones edilicias abre otro problema: la coordinación entre estas acciones y el sistema general de acciones del Derecho de obligaciones. La cuestión consiste en saber si, siendo desde luego aplicables las acciones edilicias a un caso determinado, también lo es alguna acción general, como la del error vicio del art. 1266 CC, o las derivadas del incumplimiento de los arts. 1096 y ss CC. Nos encontramos así ante un problema de concurrencia entre acciones generales y especiales, de cuya solución depende, en buena medida, la superación de las diferencias entre la venta específica y la genérica.

Aclaremos que no estamos ante una cuestión exclusiva de las acciones edilicias. Por el contrario, la concurrencia entre distintas acciones se inserta en una problemática más amplia, consecuencia de analizar el ordenamiento desde un punto de vista global (484). Asimismo, implica concebir a éste como un ente

---

484) BUSSY-DUNAUD, en un trabajo exclusivamente dedicado al estudio del concurso de acciones en el Derecho francés,

dinámico, en constante transformación (485).

identifica cuatro distintas relaciones, que pueden darse entre acciones que son diferentes. Para ello se sirve de la teoría matemática de los conjuntos. Según esta autora:

1) El campo de aplicación de dos acciones puede confundirse. Esto sucede, cuando ambas reposan sobre unos mismos hechos a los que califican de la misma manera, como, por ejemplo, las acciones redhibitoria y estimatoria, las cuales poseen un campo de aplicación absolutamente idéntico.

2) El campo de aplicación de una acción puede incluirse en el de la otra. Esta situación tiene lugar, cuando el concurso se produce entre una acción general y otra especial. En este sentido, BUSSY-DUNAUD pone el ejemplo de la garantía por vicios ocultos en la venta de animales domésticos, que forma parte de la garantía por vicios ocultos en la venta en general.

3) El campo de aplicación de una acción puede coincidir con el de otra, lo cual ocurre, cuando las dos acciones son aptas para fijarse en una misma situación de hecho, bajo calificaciones diferentes. Aquí, cada acción tiene una esfera de aplicación, que en parte es común con la de la otra, y en parte distinta. Esto tiene lugar, por ejemplo, entre la acción por error en la sustancia y la de dolo vicio del consentimiento.

4) El campo de aplicación de dos acciones puede ser totalmente distinto, de forma que no pueden darse dentro de una misma situación litigiosa. En este caso, las acciones no están en concurso (n.º 204-206, pp. 100-101).

Por otra parte, BUSSY-DUNAUD destaca que los campos aplicativos de las acciones tienen contornos movedizos, consecuencia de la interpretación judicial. De esta forma, las relaciones entre distintas acciones pueden evolucionar hacia otros tipos de relación [n.º 207-212, pp. 101-105; "Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. (L'étendue de la faculté de choix du plaideur)", (1988), n.º 204-206, pp. 100-101].

485) BUSSY-DUNAUD dice, que a primera vista, el concurso de acciones puede parecer que refleja un estado patológico del sistema. Tal afirmación implica una percepción tradicional, que concibe el sistema jurídico, como formado por un conjunto de categorías jurídicas, divididas en compartimentos estancos. Esta concepción responde a que en todo sistema jurídico es necesaria la existencia de un factor de orden, y trae por consecuencia, que cada situación litigiosa entra sólomente en una categoría jurídica. Sin embargo, señala BUSSY-DUNAUD, la existencia de concursos de acciones pone en cuestión la validez de esta concepción estática del sistema jurídico. A su parecer, el concurso de acciones pone en evidencia el carácter dinámico que posee el sistema jurídico, en cuanto que las relaciones entre las distintas acciones se transforman permanentemente, a medida que la interpretación judicial va cambiando. El carácter precario de la organización del sistema jurídico, en continua evolución, es, pues, sacado a la luz. Y dando un paso más allá, BUSSY-DUNAUD entiende que el concurso de acciones implica, que la idea, defendida por algunos autores, de que es requisito esencial a todo sistema jurídico el que éste sea coherente, no es correcta. La coherencia no es un elemento del sistema, sino

#### 4.1.1. Las posibles soluciones al problema de la concurrencia. Sus consecuencias prácticas.

[112].- El Código civil no ofrece una solución general al problema de la concurrencia entre acciones. Incluso da la sensación de que no ha llegado a plantearse la posibilidad de que el problema pueda surgir; parece ignorarlo.

La doctrina de los autores y el Tribunal Supremo, por el contrario, han ido progresivamente identificando casos, en los que puede surgir un problema de concurrencia entre acciones (486). Sin embargo, no puede afirmarse que exista una coinci-

---

una construcción, que incumbe realizarla al intérprete. De aquí, que el sistema jurídico sea un ente flexible y dinámico ["Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. (L'étendue de la faculté de choix du plaideur)", (1988), n.º 214-233, pp. 109-117].

486) El ejemplo, por excelencia, de otro problema identificado de concurso entre acciones, es el de la concurrencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual. En apretada síntesis, podemos mencionar las siguientes opiniones. Se defiende la teoría de la no acumulación entre ambas responsabilidades (también llamada teoría de la absorción o incompatibilidad), ya sea porque se niega el que ambas puedan coincidir en la aplicación a un caso determinado, basándose en que cada una de ellas tiene un distinto campo de actuación y por tanto no pueden aplicarse simultáneamente; ya sea porque se entiende que, si bien tienen un común campo de aplicación, en él opera la regla de que la ley especial deroga a la general, siendo por ello preferente la aplicación de la responsabilidad contractual. Por otra parte, también se defiende la posibilidad de que, concurriendo la responsabilidad contractual y la extracontractual, el lesionado puede elegir ejercitar una u otra responsabilidad, según sus particulares conveniencias (la llamada teoría de la opción). Todas estas teorías tienen en común que consideran que estas dos responsabilidades corresponden a diferentes pretensiones del particular. Sin embargo, se admite una tercera teoría, conocida como del concurso entre normas, que niega la existencia de dos pretensiones distintas e independientes. En este caso, no nos encontramos ante un concurso de acciones. [Entre otros y con el carácter de estudios recientes: CAVANILLAS, en "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal", (1992), pp. 81-84; YZQUIERDO TOLSADA "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", (1993),

dencia en las soluciones defendidas, ni tampoco que contemos con una clara teoría general, a la cual recurrir, que nos proporcione soluciones uniformes.

De todas maneras, de la doctrina de los autores y de la

---

pp. 114-122; PANTALEON, en comentario al art. 1902 CC, "Comentario CC-II", pp. 1977-1981].

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, CAVANILLAS concluye, tras un detallado estudio (pp. 91-127), con la siguiente afirmación: "En suma, si hubiera que resumir en una sólo frase la conclusión a la que puede llegarse tras el análisis jurisprudencial desarrollado, ésta sería la siguiente: la falta de compromiso del Tribunal Supremo impide la formación de una doctrina jurisprudencial concorde y segura, por lo que sólo le cabe al intérprete concluir, en términos de mera previsión estadística y basándose en una lectura 'entre líneas', que dicho Tribunal viene a inclinarse, tendencialmente, por la posición de la víctima, bien reconociéndole, a veces expresamente, un derecho de opción, bien calificando los hechos en aquella forma (responsabilidad contractual o extracontractual) que conduce a resultado condenatorio" [op cit., p. 130; también las pp. 127-130].

El mismo Tribunal Supremo ofrece otro ejemplo, claramente cuestionado por la doctrina, de concurso entre acciones; en concreto, entre la responsabilidad extracontractual y la denominada responsabilidad derivada del delito. Una serie de sentencias del Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad de los arts. 1902 y ss CC responde a una pretensión de distinta naturaleza, que la correspondiente a la responsabilidad extracontractual derivada de una conducta calificable de delito (arts. 19 y ss CP). Frente a ello, PANTALEON señala que ambas regulaciones responden a una misma pretensión, consistente en la reparación del daño sufrido por la víctima. La justificación a esta doble normativa, que contiene algunas reglas diferentes, tiene origen histórico: los Códigos penales de 1822, 1848 y 1870 regularon esta materia porque no existía todavía el Código civil; cuando éste surgió, reguló el tema, y sin embargo, como hubiera sido de desear, las normas civiles contenidas en el Código penal no se suprimieron. Este autor considera que nos encontramos ante un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión indemnizatoria [PANTALEON, op cit., pp. 1973-1977, en donde el lector encontrará una abundante cita de sentencias; comparte la opinión de Pantaleón, referida al sector de la responsabilidad civil de los padres, GOMEZ CALLE, "La responsabilidad civil de los padres", (1992), pp. 77-137; especialmente las pp. 120-124].

jurisprudencia (487), sí podemos extraer, al menos, tres posibles soluciones al problema de la concurrencia entre acciones, que, en relación a las edilicias, conducen a las siguientes consecuencias prácticas.

**A. La ley especial deroga a la general.**

[113].- Consiste en entender, que la posible concurrencia de las acciones edilicias con otras de carácter general (error vicio, incumplimiento), se resuelve aplicando única y exclusivamente las acciones mencionadas en primer lugar. Esto resulta de aplicar la regla de lógica jurídica según la cual la norma especial se aplica con preferencia a la general ('lex specialis derogat generalis').

Las consecuencias prácticas a que conduce esta solución son claras. Globalmente considerada, ofrece mayores ventajas al vendedor. Permite, entre otras cosas, que éste cuente con una posición más segura, pues, tras un breve período de tiempo (seis meses), la venta celebrada no permitirá reclamación por las anomalías cualitativas en la cosa. En cambio, al comprador le supone contar con una protección reducida.

Este carácter más favorable al vendedor se constata, comparando los requisitos de aplicación y de ejercicio de las acciones edilicias con los propios a las acciones generales del error vicio y del incumplimiento. Téngase en cuenta que necesariamente, ciertos aspectos de las acciones edilicias y de las

---

487) Para la doctrina de los autores, infra, n.ºm. 116 y ss, y para la del Tribunal Supremo, infra, n.ºm. 121 ss.



generales son diferentes, puesto que si concidiesen en todo, nos encontraríamos ante una reiteración de normas en un mismo ordenamiento, que en modo alguno plantearía problema, pues conduciría a la aplicación de una misma regla jurídica.

De todas las diferencias que existen entre las acciones edilicias, y las de error (488) e incumplimiento, únicamente hemos de resaltar la correspondiente a los plazos de ejercicio; pues, aunque difieren en otros aspectos, lo cierto es que éste es el que, básica, por no decir exclusivamente, ha suscitado el planteamiento del problema de la concurrencia.

Recordemos, que para las acciones edilicias, el art. 1490 CC impone un plazo de seis meses, contado desde la entrega de la cosa, que la mayoría de la doctrina califica de plazo de ejercicio de la acción (489); además, suele considerarse plazo

---

488) Sobre estas diferencias: MORALES, ADC, (1980), pp. 675 ss; LLACER, "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 194-199; RUBIO GARRIDO, "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 400-410.

489) La excepción es R. BERCOVITZ, quien, recuérdese, entiende que los seis meses es plazo de "ejercicio sustantivo de la acción", de manera que, una vez que el comprador ha protestado al vendedor acerca de los defectos de la cosa, dispone de un plazo de quince años (art. 1964 CC) (cfr. n.ºm. 100 y nota n.º 429).

En cambio, MORALES y GARCIA CANTERO señalan que el Código civil no impone al comprador la denuncia del defecto, que podrá o no tener lugar, pero, en todo caso, el ejercicio de la acción edilicia elegida tiene que producirse en el plazo de esos seis meses [MORALES, "Comentario CC-II", pp. 969-970; GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa XIX", p. 389]. Esto no quita, entiende MORALES, que la falta de denuncia no carezca de consecuencias. En este sentido, dice: "Sin embargo, la falta de denuncia del comprador puede tener como consecuencia, el que no sea atribuible al vendedor de buena fe el riesgo del mayor deterioro de la cosa que, por el transcurso del tiempo sin tomar medidas correctoras, hayan producido los vicios" (op. cit., p. 970). Por otro lado, GARCIA CANTERO, teniendo presente la variedad de objetos a los que se aplica el plazo de seis meses, afirma "que hay que concluir que la fijación de un plazo único no es adecuado a las necesidades de la vida actual, resultando quizá largo en ciertos casos y demasiado corto en otros. (...) En mi opinión, --añade-- sí hay razones para fijar plazos cortos de

de caducidad (490), lo que, en principio, permite que sea apreciable de oficio por el órgano judicial (491), e impide su interrupción (492). Frente a esto, tanto la acción de impugnación

ejercicio de la acción, pero también las hay para revisar el régimen vigente". Así, es partidario de imponer al comprador la carga de denunciar el vicio en un plazo muy breve (op. cit., pp. 391-392; en cambio, en materia mercantil, la mayoría de la doctrina diferencia entre plazo de denuncia y plazo de ejercicio: cfr. infra, n.ºm. 183, nota n.º 863).

Aparte, GARCIA CANTERO entiende, que "El plazo de seis meses se aplica no sólo cuando la reclamación del comprador se ejerce por vía de acción, sino cuando se opone por vía de excepción" [op. cit., p. 392].

490) La mayoría de la doctrina española más reciente entiende que se trata de plazo de caducidad [sobre la evolución sufrida por la doctrina de los autores y también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, MORALES en comentario al art. 1490 CC, "Comentario CC-II", pp. 968-969]. No obstante, también se defiende que nos encontramos ante un plazo de prescripción. Es el caso de GARCIA CANTERO, que afirma: "Aunque el debate no puede considerarse cerrado, me inclino a considerar que el plazo es de prescripción" ["Comentarios Edersa XIX", pp. 390-391]. Un poco más abajo, señala, que "de acuerdo al carácter prescriptivo del plazo, mantengo la posibilidad de su interrupción según las reglas generales. Pero choca con la última doctrina jurisprudencial" (op. cit., p. 393).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo califica hoy por hoy de plazo de caducidad, si bien en una primera etapa consideró que se trataba de plazo de prescripción [cfr. con las SS TS citadas infra, en nota n.º 537].

491) GOMEZ CORRALIZA, "La caducidad", (1990), pp. 335-337 y 344-351.

492) En lo que respecta a esta regla de no interrupción de los plazos de caducidad, el Tribunal Supremo, cuando ha tenido que resolver sobre la aplicación del saneamiento por vicios ocultos, ha señalado la existencia de ciertas excepciones.

Una de ellas es la celebración del acto de conciliación. Recordemos que el antiguo art. 460.I LEC señalaba, para los juicios declarativos, la obligatoriedad del acto de conciliación como requisito previo a la presentación de la demanda. En el caso de que ésta no se hubiese llevado a cabo, el Juez no admitía a trámite la demanda (antiguo art. 462.2º LEC). Por otra parte, el también antiguo art. 479 LEC decía que la conciliación no producía "el efecto de interrumpir la prescripción, si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia". Dejando al margen la posible incorrección de que la jurisprudencia extendiera la aplicación de estos artículos a la prescripción extintiva, no dejándolos reducidos a la prescripción adquisitiva, lo cierto es que también impuso esta obligación con rela-

del contrato por error vicio, cuanto las derivadas del incumplimiento, cuentan con un plazo de ejercicio sustancialmente más amplio. La de error tiene un plazo de cuatro años, contados desde la "consumación" del contrato (art. 1301 CC), siendo calificado por la doctrina mayoritaria de plazo de caducidad

---

ción a la caducidad. Esto significa que el comprador no ve rechazada su pretensión redhibitoria o estimatoria, si propone la conciliación dentro de los seis meses del art. 1490 e interpone la demanda en los dos meses siguientes, aunque, durante estos dos meses, el plazo de seis meses del art. 1490 hubiera transcurrido (de aquí que GOMEZ CORRALIZA considere más adecuado hablar de "prórroga legal", "La caducidad", p. 328). Así lo admite la STS de 22 de mayo de 1965, que resolvió sobre una permuta de terrenos, y en dónde los permutantes-demandantes descubrieron, más tarde, la existencia de unas tuberías y cables enterrados, que les hacía más costosa la edificación en el terreno; también las SS TS de 5 de julio de 1957 y 17 de febrero de 1979, en las que se discutió la procedencia de la acción redhibitoria en las ventas de animales (cfr. art. 1496 CC), y que hablan de "suspensión". Esta "interrupción" o "suspensión" ha desaparecido, puesto que la reforma sufrida por la LEC en 1984, suprimió la obligatoriedad del acto de conciliación, transformándolo en voluntario (cfr. actual 460 art. LEC).

Otra posible causa de interrupción aparece cuando se exige al demandante la realización de ciertas actividades administrativas a efectos de poder interponer la demanda, siempre y cuando aquéllas se lleven a cabo dentro del plazo de seis meses. En este sentido, la mentada STS de 22 de mayo de 1965, que afirma la "interrupción" del plazo del art. 1490 CC por la presentación del recurso de revisión. Asimismo, lo es el caso en que haya un supuesto de fuerza mayor, "o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes", como afirma esta vez la STS de 8 de noviembre de 1983.

En cambio, y también según la STS de 22 de mayo de 1965, ni el requerimiento notarial, ni su contestación pueden ser considerados como causa de interrupción. Tampoco la demanda de beneficio de pobreza interrumpe el plazo de seis meses, puesto que no impide que se entable la acción que se estime oportuna, según afirma la STS de 8 de noviembre de 1983. Cfr. infra, nota n.º 537.

Véanse, además, GOMEZ CORRALIZA, "La caducidad", (1990), pp. 324-335, y, "Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad", LL, (1988-4), pp. 803-804, 813-814; DE ANGEL YAGUEZ, "Caducidad y autonomía privada: especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes", LL, (1986-4), pp. 1005-1021.

(493). Las acciones derivadas del incumplimiento, por no haber una disposición especial que indique otra cosa, cuentan con un plazo de ejercicio de quince años (art. 1964 CC). Su cómputo se inicia desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 CC), pues tampoco hay disposición especial que señale lo contrario. Se trata de un plazo de prescripción; de aquí que pueda interrumpirse, y no sea apreciable de oficio, sino a instancia de parte (494).

En apoyo de esta solución (ley especial deroga general), suelen aducirse las reglas de la lógica. Además, que de otro modo no sería respetado el principio de seguridad jurídica, que impone en este caso el que transcurridos seis meses desde la entrega de la cosa se cierre toda posibilidad de reclamar por

---

493) Discrepa DELGADO ECHEVERRIA, quien entiende que nos encontramos ante un plazo de prescripción, con la consecuencia, entre otras, de su posible interrupción. Este autor entiende que la anulabilidad, cuyo supuesto es el de un contrato "originariamente inválido e ineficaz", desencadena dos acciones, una, declarativa de la invalidez del contrato, que no prescribe, ni caduca, y otra, restitutoria, que es en la que piensa el art. 1301 CC. De acuerdo a esta construcción de la anulabilidad, DELGADO sostiene, que el plazo de cuatro años debe ser de prescripción. Por contra, considera lógico, que aquellos autores que defienden que el negocio anulable es inicialmente válido o eficaz, y que la acción de anulabilidad implica la transformación del contrato en inválido (ejercicio de un derecho potestativo), admitan que se trata de un plazo de caducidad ["Comentarios Edersa XVII-2.º", pp. 244-249 y 252-253; también, en "Elementos II-2.º", 2.ª ed, (1987), pp. 357-358, 360-361, 366].

Evidentemente, en relación a nuestro tema de la concurrencia de las acciones edilicias con otras generales, la consideración de este plazo de cuatro años como de prescripción, hace que sean más destacables las diferencias de régimen entre la acción de error vicio y las edilicias.

494) Sobre estas dos características (interrupción y no apreciación de oficio), así como, sobre el inicio del cómputo, DIEZ-PICAZO, "La prescripción en el Código civil", (1964), pp. 41-45, 79-153, en donde también trata de la prescripción adquisitiva y de los casos del art. 944 CCO.

las anomalías de la cosa. Y, en fin, también en clara conexión con la seguridad, que si permitimos que el comprador pueda acudir al error vicio o al incumplimiento la finalidad de la norma del art. 1490 CC no sería alcanzada (495).

495) Es de sobra conocida la opinión de R. BERCOVITZ, defensor de esta solución. Dice: "No niego que existe la posibilidad de que en un ordenamiento jurídico un mismo supuesto de hecho esté regulado por normas diversas (...) Pero tal dualidad normativa es contraria a las reglas de la lógica, perturbando la unidad del ordenamiento, lo que da lugar a una disminución de la seguridad jurídica y constituye una fuente de injusticias (...). No trato pues, sino de salvar en el contrato de compraventa el principio de acuerdo con el cual cada problema jurídico debe tener una solución y una sola" (p. 779). Un poco más abajo, aplica estas ideas a la relación del error vicio del art. 1266 CC con el saneamiento por vicios ocultos: "El único argumento indiscutible para propugnar la eliminación de la acción de anulación en los vicios ocultos de la compraventa específica es el que ya daba en la primera parte de este artículo: la necesidad de que cada problema jurídico cuente con una solución única. Este principio se plasma en la eliminación de la norma general cuando ésta coincide con una particular, y esta es la posición de las normas que regulan el error negociado frente a los que regulan los vicios ocultos" [ADC, (1969), pp. 787-788]. Del mismo parecer es PASQUAU LIAÑO: "Si fuera cierto que un mismo hecho (compraventa de cosa defectuosa) pudiera integrar el presupuesto de tres acciones diferentes (nulidad generales de incumplimiento y edilicias), habría de acudir, en buena técnica jurídica, al principio de especialidad, que preferiría la aplicación de la norma que contemplase 'más de cerca' el supuesto: es decir, en nuestro Derecho, los arts 1484 y ss. del Código Civil" (marginal 421). Y también un poco más abajo aplica estas ideas a la relación del error del 1266 CC con los vicios ocultos: "Tampoco es viable en estos casos la nulidad por error, dado que el comprador presta su consentimiento asumiendo (o debiendo asumir) el riesgo de vicios ocultos: en este sentido, y puesto que en realidad todo supuesto subsumible en el art. 1484 lo será también en el 1266 si queremos salvar la coherencia sistemática del Código Civil tenemos que concluir que las acciones edilicias limitan la posibilidades de reacción del comprador, obligándole a actuar en el plazo de seis meses. El principio de especialidad excluye la posibilidad de 'impugnar' la eficacia del contrato pasado esos seis meses" ["La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2) marginal 422]. Confróntese estas opiniones con la sostenida por BUSSY-DUNAUD, en el Derecho francés (supra, nota n.º 485).

Sobre esta solución de 'lex specialis derogat generali' también LLACER, en "El saneamiento por vicios ocultos", (1992) pp. 200-201 y 205-207.

## B. La regla de la opción del comprador.

[114].- Supone, que ante la concurrencia de diversas acciones (edilicias, error vicio e incumplimiento), cualquiera de ellas puede aplicarse, siempre y cuando se reúnan sus respectivos requisitos de aplicación. La decisión de la acción a ejercitar pertenece al titular de todas ellas (496). En nuestro caso, al comprador.

Las consecuencias de esta otra solución son también claras. La posición del vendedor, en cuanto que tiene claro interés en dar por cerrada la operación realizada, es más débil que aquélla en la que se encontraría si hubiésemos aplicado la regla lógica, ley especial deroga a la general. Salvo que el comprador renuncie, expresa o mediante actos concluyentes, al ejercicio de las acciones generales, el vendedor tiene el riesgo de que la compraventa sea impugnada por las anomalías cualitativas de la cosa durante un período de tiempo sustancialmente amplio (cuatro años, quince años). En cuanto al comprador, su situación es preferentemente protegida, puesto que no tiene que ceñirse, necesariamente, a los seis meses del art. 1490 CC.

---

496) BUSSY-DUNAUD entiende que "la facultad de opción constituye la facultad abierta a una persona, situada en una situación jurídica determinada, de elegir entre las diversas posibilidades que le son abiertas por la ley o la convención para resolver esta situación". Aplicar esta definición al concurso de acciones, "conduce en efecto a retener que la facultad de opción, es la libertad para una persona, situada en una situación litigiosa dada, de elegir entre las diversas acciones de las que dispone para poner fin a esta situación, y ejercitar en consecuencia aquélla que tiene su preferencia" (n.º 237 y 238, p. 118; "Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur", (1988); en general, los n.º 235-251, pp. 117-123].

Hemos de aclarar que lo anterior no conduce, forzosamente, a que la realidad práctica se desplace hacia la aplicación de las acciones generales, quedando las edilicias prácticamente en desuso. Téngase presente que, si bien el plazo de ejercicio de la acción es un elemento clave, otros aspectos de las acciones (como otros requisitos de aplicación, la carga de la prueba, etc) pueden ser igualmente decisivos, a efectos de que el comprador elija ejercitar una u otra acción.

Para defender esta teoría de la opción, suele esgrimirse que en el Código civil no hay norma que establezca, expresamente, la regla de exclusión de la acción general por la especial. La STS de 6 de junio de 1953 recoge este argumento (497). Además, se añade, que en general, en el Código civil hay normas que parecen admitir la compatibilidad entre acciones, entendida ésta como posibilidad de opción.

Así, en la relación error y vicios ocultos, se menciona el art. 1494.II CC, que declara "nula" la compraventa de ganados y animales, si éstos resultan inútiles al uso previsto en el contrato (498). Aunque este artículo habla de "nulidad", se ha entendido que contempla un concreto caso de error en la sustan-

---

497) A propósito de la relación entre la acción por error vicio del art. 1266 CC y las edilicias, dice esta STS de 6 de junio de 1953: "ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponden aquél a quien asisten" (cdo n.º 3; continúa el párrafo que hemos transcrito, supra, en nota n.º 398).

498) Art. 1494.II CC: "También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquirieren, resultaren inútiles para prestarlo".

cia, y, por tanto, que se trata de un supuesto de "anulabilidad" (499). Esta "anulabilidad" no impide el juego de las acciones edilicias. De esta forma, ante la posible concurrencia de todas estas acciones, el comprador podrá optar por ejercitar aquélla que estime más oportuna (500).

Y en la relación de las acciones por incumplimiento y las edilicias, el art. 1506 CC (501) puede constituir, aunque de forma más endeble, un argumento favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias con la resolutoria del art. 1124 CC.

---

499) En este sentido se pronuncian, GOMEZ CALERO, "Sobre la 'nulidad' del artículo 1494 del Código civil", RDP, (1968), pp. 958-960, 964; MORALES, comentario al art. 1494 CC, en "Comentario CC-II", p. 975; GARCIA CANTERO, "Comentarios Edersa-XIX", p. 413.

En cambio, R. BERCOVITZ entiende que se trata de un supuesto de nulidad. Dice así: "Lo que diga a continuación sobre el párrafo 1.º del artículo 1494 CC será también aplicable, en principio, a ese párrafo 2.º, puesto que los efectos establecidos en este último parecen idénticos a los de aquél. No sólo establece la sanción de nulidad, sino que además comienza diciendo: 'También será nulo ...'. Semejante referencia expresa a la nulidad del párrafo 1.º impide en principio considerar que la nulidad del párrafo 2.º es un caso de anulabilidad derivada de error negocial" [comentario a la STS de 9 de abril de 1984, CCJC, n.º 5, p. 1597].

Téngase en cuenta, que para la interpretación del art. 1494.II CC, los antecedentes históricos no suministran ninguna ayuda, puesto que, es conocido, este párrafo se añade en el APCC 82-88 [cfr., art. 1512.II, PEÑA "Anteproyecto", p. 564].

500) MORALES: "El CC pone de manifiesto con este precepto [1494.II] la compatibilidad entre las acciones edilicias y la acción de nulidad basada en el error, en contra del parecer de algunos autores. Este criterio expresado en las ventas de animales, se puede extender a las ventas de otros objetos" ["Comentario CC-II", p. 975; la misma idea la había expuesto anteriormente en ADC, (1980), p. 677].

501) Son antecedentes, el art. 1453 PCC 1851 y el 1533 APCC 82-88 [PEÑA, "Anteproyecto", p. 573], que poseen idéntica redacción con el art. 1506 CC. No hay equivalente en el PCC 1836.

El comentario de GARCIA GOYENA es escueto: "Es el 1663 Sardo y no necesita de comentarios" ["Concordancias", p. 760].



Aquel precepto, encabezador del Capítulo VI, "De la resolución de la venta", recuerda al aplicador del Derecho, entre otras cosas, que la compraventa "se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones". Si bien, en este concreto punto, se ha señalado la innecesariedad del artículo 1506 CC (502), podemos entender que suministra un argumento favorable a que el comprador, además de a las edilicias, pueda acudir a la acción resolutoria del art. 1124 CC.

### C. La regla de la acumulación de acciones.

[115].- Significa que, dados ciertos hechos, una persona puede ejercitar al mismo tiempo diversas acciones (503). Este ejercicio simultáneo de acciones podemos entenderlo, al menos, de dos maneras diferentes.

La una consiste en admitir, que el titular de todas las acciones puede obtener todas las ventajas que cada una de ellas le pueda reportar, siempre que demuestre que se dan sus respec-

---

502) Así GARCIA CANTERO, quien afirma que, "A la vista de las vacilaciones del legislador español frente a los modelos extranjeros y al desarrollo que nuestra doctrina hace del contenido del precepto [del 1506] cabe concluir por la innecesariedad de su formulación. (...) Propiamente, el contenido normativo del precepto se limita a formular que la compraventa se resuelve por el ejercicio del retracto convencional o del legal. Pero esta declaración es objeto de muy fuerte impugnación por la doctrina" ["Comentarios Edersa-XIX", pp. 480-481; en el mismo sentido CABANILLAS SANCHEZ, comentario al art. 1506 CC, en "Comentario CC-II", p. 988].

503) Según BUSSY-DUNAUD: "dos acciones se acumulan cuando es posible adicionarlas, es decir ejercitarlas conjuntamente a fin de disfrutar simultáneamente de las ventajas que cada una de ellas es susceptible de procurar" ["Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur", (1988), n.º 254, p. 124].

tivos requisitos de aplicabilidad. El ejemplo típico, en relación a nuestro tema, es el del párrafo primero del art. 1486 CC (acción redhibitoria), con el párrafo segundo del mismo artículo (acción indemnizatoria, si el vendedor es de mala fe) (504).

La otra posibilidad consiste en entender que, puesto que, en principio, los hechos aducidos pueden encajarse en diversas calificaciones, desencadenando así la posible aplicación de distintas acciones, el demandante puede elegir, tanto los elementos que configuran los diversos supuestos de hecho, como las consecuencias jurídicas que desencadenan, en aquello que le sea favorable, construyendo de esta forma una acción que convenga a sus expectativas (505).

---

504) LLACER "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), p. 200.

505) BUSSY-DUNAUD lo define así: "poniendo en obra dos acciones cuyas condiciones de admisión son diferentes, el demandante pretende entonces sustraerse a las condiciones de ejercicio restrictivas, tanto para una como para la otra, combinando las dos acciones y eligiendo, en el seno de cada una de ellas, las reglas que le son más favorables". Un poco más abajo afirma: "Tolerar este cúmulo de acciones, es autorizar al demandante el eludir, no las reglas más rigurosas que rigen el ejercicio de una de las acciones en concurso, como a ello puede conducir la opción, sino el de las reglas más estrictas que afectan al ejercicio de cada una de las acciones de las que aquél dispone. Su admisión conduciría a reconocer al demandante la facultad de elaborar a su guisa una acción híbrida, tomando prestados ciertos de sus caracteres de cada una de las acciones en concurso, lo que entrañaría una confusión entre acciones cuyos elementos serían así combinados" (n.º 260, p. 126). Esta acumulación, señala BUSSY-DUNAUD, puede también tener lugar, por lo que respecta a las consecuencias jurídicas que desencadenan las acciones en concurso: "consiste en efecto en reclamar cumulativamente el beneficio de varias acciones, en base a que las hipótesis legales a las cuales se atan diferentes consecuencias jurídicas, son simultáneamente reunidas. El demandante puede pues, por la puesta en obra de esta acumulación, obtener un resultado más complejo, que aquél que autoriza cada una de las calificaciones a la cual se presta la situación litigiosa en la cual se encuentra" (n.º 262, p. 127) ["Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur", (1988), en general los n.º 252-263, pp. 123-128].

De ambos modos de entender la acumulación, nos interesa, sobre todo, el segundo, el cual no ha sido especialmente destacado por la doctrina española, y sin embargo, el Tribunal Supremo parece aplicarlo con frecuencia (<sup>506</sup>). Admitir su validez, conduce a una amplia protección de los intereses de los compradores, convirtiendo a los vendedores, en la práctica, en aseguradores, siempre que la cosa entregada adolezca de alguna anomalía cualitativa. Sin embargo, es muy difícil admitir este tipo de acumulación entre acciones, puesto que atribuye a los particulares, y, en el fondo, a los órganos judiciales, un poder de creación del Derecho que no tienen; poder que traspasa los límites de las diferentes técnicas de interpretación y de integración del Derecho, puestas a su disposición.

**4.2.2. El planteamiento del problema del concurso entre las acciones edilicias y las generales en la doctrina española. Las diferentes posturas.**

[116].- Vigente el Código civil, puede afirmarse que casi al tiempo que se plantea la cuestión de la naturaleza de las acciones edilicias, se percibe el posible problema del concurso entre acciones. Este problema se plantea primero con la acción de error del art. 1266 CC --lo que es lógico, puesto que el error es también la primera justificación que se atribuye a las acciones edilicias, ya vigente el Código civil (<sup>507</sup>)--, siendo

---

506) Cfr. la opinión de CARRASCO, transcrita infra, en nota n.º 627.

507) Cfr. supra, n.ºm. 89 y ss.

más tarde con las acciones generales derivadas del incumplimiento.

La opinión de los autores se inclina, bien por la solución 'lex specialis derogat generalem', bien por la de la opción entre acciones. No hemos encontrado defendida la acumulación entre acciones, entendida ésta como posibilidad de construcción de una acción nueva.

[117].- De Buen es el primer autor (1910), que hayamos localizado, que trata del problema de la concurrencia entre las acciones edilicias y la del error vicio del art. 1266 CC, fundamento éste, según él, de aquéllas (508). Admite que el comprador puede ejercitar tanto una como las otras, a su libre elección (509).

Posteriormente (1935), Pérez González y Alguer, anotadores de la obra de Ennecerus, Kipp y Wolf, desarrollan la cuestión de la concurrencia entre las acciones edilicias y las generales del error, dolo, e incumplimiento, consecuencia de que la doctrina alemana de la época ya se la planteaba. Parecen inclinarse a favor de la regla lógica de que la ley especial deroga a

---

508) Cfr. supra, n.ºm. 91.

509) Dice: "Los autores se han preocupado de distinguir tales dos supuestos [vicio oculto y error]. Pero no puede negarse que si el vicio que afecta á la cosa vendida, representa una verdadera alteración de la sustancia, ó la falta de una de las condiciones que han dado principal motivo para celebrar el contrato, el comprador podrá ejercitar ó la acción redhibitoria ó la acción de nulidad fundada en el error, á que se refiere el artículo 1266 del Código civil. La acción de nulidad tiene para el comprador la ventaja de su mayor duración" [DE BUEN, v. Vicio redhibitorio. Derecho civil común, "Enciclopedia jurídica española", tomo XXX, pp. 798-799; este texto es la continuación del transcrito supra, en nota n.º 395].

la general (510).

A continuación, Castán, en 1939 y en la cuarta edición de su conocida obra "Derecho civil español común y foral", cuando expone el saneamiento por vicios ocultos, menciona al error del art. 1266 CC, como si entre ambos existiera cierta conexión; mas parece dar a entender que se trata de dos figuras diferentes. De todas formas, no excluye la aplicación del error vicio, siempre que se den sus requisitos (511).

Después, es Vicente y Gella, quien en 1954 también se centra en la relación del error vicio con el saneamiento, pronunciándose en favor de la exclusiva aplicación de las acciones edilicias, en base a la regla 'lex specialis derogat generalem' (512).

---

510) Dicen: "Por todo ello, y aunque estas reglas especiales [1484 y ss] no excluyan expresamente la aplicación de las generales, constituye un problema, que suscita la regla de lógica jurídica o principio 'lex specialis derogat legi generali', el determinar si no se trata de una exclusión implícita o tácita. Las observaciones del texto, donde se recoge la doctrina y la jurisprudencia dominantes [se refieren a la alemana, partidaria de aquella solución], tienen gran importancia para el estudio y solución del problema en el derecho español, ya que, en lo esencial, los fundamentos son los mismos. Sin embargo, la S. de 19 de abril de 1928 ha dado la solución, contraria y harto discutible, en el sentido de la compatibilidad de unas y otras acciones, de la aplicación concurrente de las normas generales de las obligaciones con las especiales del saneamiento (...)" [PEREZ GONZALEZ/ALGUER, "Enneccerus, 1.ª ed. española", pp. 76-77].

511) Afirma: "Independientes de ellas [de las acciones edilicias] es la acción de nulidad que podrá ejercitar el comprador cuando pueda probarse el error o el dolo en el consentimiento. La acción de nulidad tiene la ventaja práctica de su mayor duración. Mas para que se dé por causa de error será preciso (conforme al art. 1266), que éste afecte a la sustancia de la cosa o a alguna de las condiciones que principalmente hayan dado motivo a celebrar el contrato" [CASTAN TOBEÑAS, "Derecho civil español, común y foral, tomo I, vol. II, 4ª ed., (1939), p. 58].

512) VICENTE Y GELLA: "¿Cómo conciliar estos dos preceptos (art. 1266 y 1484), que partiendo de un mismo supuesto (la

Pero será Espín, en 1967, el que realmente de relevancia doctrinal a la cuestión de la concurrencia de las acciones edilitarias con las generales, tema sobre el cual centra exclusivamente uno de sus trabajos. Sin embargo, curiosamente, este autor expone las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales existentes, sin pronunciarse claramente por alguna de ellas (513). Tras este trabajo se generaliza en la doctrina española el estudio del problema de la concurrencia de las accio-

---

inadecuación del objeto del contrato con los móviles que determinaron la voluntad del comprador) conceden dos acciones distintas (de anulabilidad, y redhibitoria) con dos plazos de prescripción también diferentes? (...). Centrada así la cuestión creemos que su solución es sencilla. La ley especial deroga a la general para los casos concretos a que debe aplicarse. El art. 1484 del Código civil es la aplicación de la doctrina del error al supuesto taxativo de los defectos en la cosa vendida. Y, por lo tanto, pasados los seis meses del art. 1490, si se trata de una compraventa civil, o los treinta días del art. 342 del Código de Comercio, cuando fuera mercantil, no es posible entablar la acción de anulabilidad fundada en el art. 1266" ["La doctrina de los vicios y el cumplimiento 'aparente' de los contratos", en "Homenaje a D. Juan Moneva y Pujol", (1954), p. 572; véase, sin embargo, hasta la p. 573].

513) ESPIN, "Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", RGLJ, (1967), pp. 913-931; para el Derecho español, concretamente, las pp. 929-931.

Sólo cuando valora la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la concurrencia entre acciones, es cuando, en cierto modo, ESPIN emite una opinión que podríamos calificar de ambigua y abierta: "Podemos concluir este examen de la jurisprudencia destacando favorablemente su prudencia al reconocer el principio que decide aplicar una de entre dos normas que se oponen, y su flexibilidad al dejar abierta la posibilidad de decidir en cada caso si existe oposición. Ante la postura de nuestro Código (...), la posición constructiva de nuestra jurisprudencia marca una orientación acertada. No cabe desconocer que la regla general cede ante la especial que se oponga, ni tampoco es posible concluir por aplicación de este principio que todas las acciones generales contractuales sean inaplicables por contradicción con las normas sobre el saneamiento de vicios en la compraventa" (p. 940).

nes edilicias con las generales, manteniéndose al respecto diversas posturas.

En la relación entre las acciones edilicias y la de anulación por error vicio del art. 1266 CC, tanto se sostiene la aplicación preferente de las edilicias, en base a que la ley especial deroga la general (514), como se defiende la compatibilidad, entendiéndose que al comprador le corresponde la posibilidad de optar entre el ejercicio de una u otras acciones (515).

Y en la relación entre las acciones edilicias y las derivadas del incumplimiento, aunque hay autores que admiten que el comprador puede elegir ejercitar unas u otras acciones (516),

---

514) R. BERCOVITZ, siempre que se sea partidario de una concepción tradicional del error vicio, en ADC, (1969), pp. 787-788; PASQUAU LIAÑO, "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", AC, (1990-2), marginal 422 (las opiniones de estos dos autores las transcribimos supra, en nota n.º 495); BADENES GASSET, "La compraventa", p. 697.

515) MORALES, ADC, (1980), pp. 671 ss, y la cita que hicimos, supra, en nota n.º 500; LLACER, "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 207-208; RIVERO, en Lacruz y otros, "Elementos II-3.º", 2.ª ed., (1986), p. 69.

RUBIO GARRIDO, aunque también admite la compatibilidad entre las acciones edilicias y la del error vicio del art. 1266 CC, difiere, frente a los autores anteriores, en la justificación dada. Tras un breve recorrido por las diferentes concepciones defendidas del error vicio, y un análisis crítico de las mismas, RUBIO GARRIDO destaca las diferencias, de Derecho positivo, que hay entre el error vicio y el saneamiento (por evicción y vicios ocultos), concluyendo con la afirmación de que se trata de dos figuras diferentes. Ahora bien, el que las acciones de error y saneamiento tengan diferente naturaleza, no le impide a RUBIO GARRIDO, ver la posible concurrencia entre ambas. Dice: "Se debe tan sólo subrayar que ambos remedios (impugnación del contrato por error y obligación de saneamiento) son en todo caso alternativos, puesto que responden a finalidades distintas, tienen naturalezas diversas y se basan en presupuestos contrarios y excluyentes" (p. 418) ["Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 377-418; para la compatibilidad las pp. 413-418].

516) RIVERO, en Lacruz y otros, "Elementos II-3.º", 2.ª ed.,

la mayoría de la doctrina no se pronuncia sobre el problema de la compatibilidad. Quizá porque al negar que el saneamiento por vicios ocultos responda a un incumplimiento del vendedor (517), se descarta también la posibilidad de concurrencia de acciones.

**5. Conclusión: La tendencia doctrinal hacia el mantenimiento de la diferencia de régimen entre la compraventa específica y la genérica.**

[118].- Tal y como adelantamos (518), la mayoría de la doctrina civil española no rompe con la dualidad de regímenes existente entre la compraventa específica y la genérica. La ruptura y unificación sólo se consigue admitiendo la compatibilidad (vía opción, vía acumulación) de las acciones edilicias con las generales del incumplimiento. Pero, lo acabamos de ver (en el n.ºm. anterior), la mayoría de los autores no admite que pueda existir compatibilidad entre estas acciones (otro tema es la admisión de la compatibilidad con la del error vicio del consentimiento).

Sin embargo, siendo lo anterior cierto, ello no evita que progresivamente vayan apareciendo voces, que de 'lege ferenda',

---

(1986), p. 69; RUBIO GARRIDO, "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", (1993), pp. 628-637.

517) Recuérdese supra, nota n.º 407.

Sobre esta cuestión de la compatibilidad entre las acciones edilicias y otras generales, para el Derecho francés, O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché)", RDS, (1989), n.º 35, pp. 237-244.

518) Supra, n.ºm. 77.



propugnen la creación, para el contrato de compraventa, de un sistema global de acciones, en lo que respecta a los problemas que se sitúan en la fase de ejecución del mismo. Esto supone colocar a las acciones edilicias junto a las generales de incumplimiento, y, en el fondo, difuminar la distinción entre la compraventa genérica y la específica en el tema de las anomalías cualitativas de la cosa. Más adelante, desarrollamos en detalle estas opiniones (519).

Ahora bien, el camino, cuyo término es la creación de un sistema global de acciones, difuminando la distinción entre la compraventa específica y la genérica, ya ha comenzado a ponerlo en marcha, en nuestra opinión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### **6. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: argumentos utilizados.**

[119].- Son convenientes unas observaciones previas.

##### **6.1. Observaciones previas.**

[120].- Hemos localizado dos distintas y asentadas líneas jurisprudenciales, que podemos caracterizar por el argumento que emplean.

Se trata de la doctrina de la compatibilidad entre acciones generales y especiales, y, la de la necesaria protección

---

519) Cfr. infra, n.ºm. 231.

del comprador, cuando éste recibe una cosa inútil. Pero, dado que nuestra investigación tiene por objetivo constatar, si, efectivamente, la distinción entre obligación específica y genérica repercute sobre los remedios de que dispone el comprador en caso de entrega de una cosa defectuosa, nos hemos planteado, asimismo, si dicha distinción es tenida presente por el Tribunal Supremo a la hora de solucionar el caso de que conoce.

Por otra parte, hemos de hacer dos advertencias. Una, que en la siguiente exposición de las distintas líneas jurisprudenciales, siempre comenzamos desarrollando su contenido (A), continuando con su análisis crítico (B). La otra, que la mayor parte de las sentencias que citamos, se encuentran extractas en el apéndice jurisprudencial, situado al final del presente trabajo (520). Es por esto, por lo que normalmente nos limitamos a la mera cita de la fecha de la sentencia, lo cual, no excluye que, en ocasiones, hagamos algún comentario a la sentencia, o reproduzcamos parte de ella, al considerarlo oportuno, evitando en cualquier caso reiterar lo expuesto en dicho apéndice.

## **6.2. El argumento de la compatibilidad de acciones.**

### **A. Contenido.**

[121].- Desde el punto de vista cronológico, la doctrina jurisprudencial que admite la compatibilidad entre acciones generales y especiales surge temprano.

---

520) *Infra* pp.572 ss.

La conocida sentencia de 6 de mayo de 1911 parece ser la primera que, en la relación acciones generales y especiales, afirma la regla de su compatibilidad. Asimismo, afirma la excepción: Si hay "oposición" entre las acciones generales y las especiales, habrá que estar a las especiales (521).

En el caso concreto, el Tribunal Supremo admitió que entre los arts. 1101 y ss y arts. 1484 y ss del CC, no hay oposición, siendo, por tanto, preceptos compatibles (522). La justificación fue, que "ambas responsabilidades nacen de fuentes distintas e independientes entre sí" (cdo n.º 2). Por ello, no procedía casar la sentencia de instancia, siendo correcta la aplicación del art. 1101 CC, y lógicamente también, la condena del vendedor a indemnizar los daños y perjuicios que el comprador sufrió, por el no funcionamiento de la máquina.

La STS de 19 de abril de 1928 ya sienta doctrina jurisprudencial. Apoyándose en la anterior admite, tanto la regla gene-

---

521) Conviene reproducir las palabras del Tribunal Supremo, dado que van a ser recogidas por posteriores sentencias. Nótese que el Tribunal Supremo habla de normas jurídicas y no de acciones. Dice: "Considerando que las disposiciones del título 1.º, libro 4.º del Código civil, destinado á las obligaciones, y principalmente las contenidas en el capítulo 1.º de dicho título, que lleva por epígrafe Disposiciones generales, son aplicables á toda la materia contractual, á no ser que las disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trata, estén en oposición con aquéllas, en cuyo caso, á las especiales hay que atenerse exclusivamente" (cdo n.º 1).

522) En el recurso de casación el vendedor alegó que, "si bien los artículos 1101 y siguientes son de aplicación general, será en tanto en cuanto los preceptos especiales de la ley no rijan determinados contratos ó responsabilidad concretas [sic], y si expresamente regula el Código civil el saneamiento de la cosa vendida para los defectos ó gravámenes ocultos en sus artículos 1484 y siguientes, es evidente que estos son los preceptos especiales aplicables á la compraventa, y no los de la doctrina general invocada en la sentencia" [la del art. 1101 CC] (motivo 1.º).

ral de la compatibilidad entre acciones generales y especiales, cuanto su excepción. Más concretamente, reconoce la compatibilidad de las acciones edilicias con la acción indemnizatoria por dolo incidental del art. 1270 CC, aplicando esta última (523).

Tras esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina de la compatibilidad entre acciones generales y especiales en diversas ocasiones (524).

Asimismo, ha aplicado la excepción de que, cuando una acción general y otra especial (en nuestro caso, las edilicias) se oponen, ha de aplicarse la especial.

En este último sentido, se sitúa la STS de 13 de marzo de 1929, que menciona, una vez más, la de 6 de mayo de 1911, y que afirma, que algunas disposiciones especiales del saneamiento por vicios ocultos se oponen a las generales, "sobre todo, en

---

523) Esta STS de 19 de abril de 1928 dice que la obligación de saneamiento por vicios ocultos "no es opuesta a las reglas generales que se dan en materia contractual para toda clase de convenciones en el capítulo segundo, título primero, libro cuarto, y título segundo del mismo libro, y sus concordantes del referido Cuerpo legal, especialmente en los artículos 1269 y 1270, ni hay incompatibilidad entre las acciones que de unos y otros se derivan respectivamente, como se deduce de la finalidad de cada disposición, y de la doctrina consignada en la sentencia de este Tribunal de 6 de Diciembre [sic] de 1911" (cdo n.º 1).

524) SS TS de 1 de julio de 1947 (incumplimiento/saneamiento por vicios ocultos); 6 de junio de 1953 (error vicio del consentimiento/saneamiento por vicios ocultos); 23 de junio de 1965 (cumplimiento defectuoso/saneamiento por vicios ocultos); 28 de noviembre de 1970 (cumplimiento defectuoso/saneamiento por vicios ocultos); 25 de abril de 1973 (incumplimiento/saneamiento por vicios ocultos); 3 de febrero de 1986 (error vicio del consentimiento/saneamiento por vicios ocultos).

Alude a esta doctrina, a propósito de la exigencia procesal de que las sentencias deben ser congruentes (art. 359 LEC), y sin aplicarla al caso, la STS de 7 de mayo de 1981.

cuanto que señalan un plazo más breve para la prescripción de la acción correlativa, que el que rige para las demás acciones, que para la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los contratos pueden ejercitarse" (cdo n.º 2).

De acuerdo a esto, el Tribunal Supremo diferencia, en la indemnización suplicada por los compradores, las partidas que entran en el saneamiento por vicios ocultos y las que no. Entre las que sí entran, el Tribunal Supremo sitúa la del importe de las reparaciones del inmueble adquirido por los compradores, puesto que esa cantidad se traduce en el ejercicio de la acción estimatoria, y sólo en ello procede casar la sentencia de instancia, ya que el comprador ejercitó su acción fuera del plazo de seis meses (525).

En cambio, la STS de 10 de junio de 1983 va más allá que ésta de 13 de marzo de 1929, dado que no admite una regla favorable a la compatibilidad de acciones, con excepciones. Por el contrario afirma, que en la concurrencia entre una acción general y otra especial, debe operar la regla de lógica jurídica, de que la ley especial deroga a la general. Sin embargo, esta afirmación tiene carácter 'obiter dictum' (526).

---

525) STS de 13 de marzo de 1929: "deben estimarse como medidas de saneamiento a los efectos antes indicados todo lo que se concede en la sentencia como importe de las obras de reparación necesarias para dejar la casa comprada en el estado en que debió ser entregada por el vendedor pues no hay duda que esa cantidad viene a constituir en esencia el demérito con el que la cosa fue entregada y por tanto el exceso de precio que percibió indebidamente el vendedor, ya que por imperativo del art. 1486 del Código, tenía derecho a exigir el comprador al no desistir del contrato" (cdo n.º 6).

526) STS de 10 de junio de 1983: "que aún sin acordarse el criterio doctrinal, ciertamente no pacífico, que defiende la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida y las acciones ordinarias fundadas en el incumplimiento, prescindiendo de aplicar la regla de lógica jurídica 'lex specialis derogat generalis', y por lo

## B. Observaciones críticas.

### B.1. Los distintos significados de la "compatibilidad entre acciones", en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[122].- De la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo, puede extraerse, que la expresión jurisprudencial, "compatibilidad entre acciones", encierra, al menos, los dos siguientes significados.

Uno, consiste en entender que, tanto la acción general, como la especial, son teóricamente aplicables a un mismo caso, y su compatibilidad se traduce en que ambas acciones, de hecho, pueden aplicarse (otra cosa es cómo se procederá a esa aplicación). El otro, consiste en entender, que la acción general y la especial son acciones que se aplican a casos diferentes, y su compatibilidad supone el que una acción no se interfiere en el campo de aplicación de la otra, y viceversa (527).

tanto conjugando la 'exceptio non adimpleti contractus' y el régimen de responsabilidad ex artículo mil ciento uno con la regulación contenida en los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y siguientes del Código Civil, opinión a las que se atienen las sentencias (...) no cabe hacer caso omiso cuando menos de la orientación jurisprudencial (...)" (cdo n.º 3).

527) Este significado se encuentra, por ejemplo, en las SS TS de 14 de marzo de 1981 y 18 de febrero de 1982. En ambas se celebró un contrato de obra de un buque, en el cual, una vez entregado, se descubrió la existencia de defectos de construcción. Las demandas indemnizatorias de los comitentes fueron estimadas en la segunda instancia y los contratistas recurrieron en casación alegando, básicamente, aplicación indebida del art. 1101 CC e inaplicación del art. 1490 CC.

En la sentencia de 14 de marzo de 1981, el Tribunal Supremo dijo que "las acciones aquí ejercitadas [la 'ex contractu' derivada del incumplimiento] no se dirigen a obtener reparaciones provinientes de vicios ocultos de la cosa vendida, acción distinta y compatible con las acciones redhibitoria y estimatoria o 'quanti minoris' reguladas en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil" (cdo n.º 4). En términos sumamente

Cuando los autores aluden a la doctrina jurisprudencial de la compatibilidad de acciones, suelen entender ésta en el primero de los significados mencionados, no planteándose la posibilidad del segundo (528). A nuestro parecer, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo parecen entender el significado de la compatibilidad entre acciones, en ese sentido, como acciones que son concurrentes, pero hay otras, algunas de ellas claves en la construcción de la presente doctrina jurisprudencial, que parecen manejar el término compatibilidad, en el sentido de que son acciones no concurrentes.

Así, por ejemplo, da la sensación de que esa sentencia de 6 de mayo de 1911 admite la compatibilidad entre la acción indemnizatoria del art. 1101 CC y las edilicias, por ser dos acciones diferentes, con supuestos de hecho distintos (529). Otro

---

parecidos se expresa la STS de 18 de febrero de 1982: "las acciones aquí ejercitadas no se dirigen a obtener reparaciones provenientes de vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, acción distinta y compatible con las acciones redhibitoria y estimatoria o 'quanti minoris' reguladas en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil" (cdo n.º 4).

528) ESPIN, "Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", RGLJ, (1967), pp. 931-940 (no se olvide la valoración de este autor, sobre esta doctrina del Tribunal Supremo, que transcribimos, supra, en nota n.º 513); LLACER, "El saneamiento por vicios ocultos", (1992), pp. 201 ss.

529) El comprador adquirió una máquina que resultó funcionar mal. Este hecho fue puesto en conocimiento del vendedor, quien realizó diversas reparaciones hasta que, transcurridos seis meses desde la entrega, la máquina comenzó a funcionar correctamente. El comprador demandó al vendedor y suplicó su condena a la indemnización de daños y perjuicios. La primera y la segunda instancia estimaron la demanda, no procediendo a la casación el Tribunal Supremo. Por otro lado, hemos de advertir de la existencia de una cláusula de buen funcionamiento de la máquina, que no se tuvo presente para la solución del caso.

Del mismo parecer que el mantenido en el texto, es PARRA LUCAN, quien afirma: "Hay que decir que, en realidad, el com-

ejemplo, éste ya más claro, es el de la STS de 23 de junio de 1965, que dice, que el comprador no ejercitó las acciones del saneamiento por vicios ocultos, sino la del cumplimiento defectuoso, "cuestión distinta y compatible" (cdo n.º 3) (530).

Tener presente esta posible variedad de significados de la compatibilidad entre acciones, nos permitirá valorar en sus justos límites el alcance de la doctrina del Tribunal Supremo.

**B.2. El régimen de la concurrencia: Las distintas reglas jurisprudenciales aplicadas a la concurrencia entre acciones generales y especiales.**

[123].- Admitido que hay concurrencia entre acciones, el Tribunal Supremo tampoco se pronuncia, con la claridad que sería de desear, sobre qué ocurre en tal caso (531).

---

prador ni 'desistió del contrato' ni ejercitó la acción estimatoria ya que, de acuerdo con el contrato celebrado con el fabricante éste procedió a una reparación fáctica de la máquina, esto es, a un cumplimiento en forma específica. Las partes no excluyeron la responsabilidad derivada del incumplimiento de la promesa de conseguir la duración de la cosa durante un plazo determinado. Por tanto, el vendedor venía obligado, como en todo incumplimiento, a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el comprador. Es decir, aunque el TS no tiene en cuenta la existencia de la garantía ofrecida por el fabricante y habla de la compatibilidad de los arts. 1486 y 1101 CC ésta no puede afirmarse sin más con base en la Sentencia de 6 de mayo de 1911" ["Daños por productos y protección del consumidor", (1990), pp. 219-220].

530) STS de 23 de junio de 1965: "la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, relativo a la instalación o montaje, cuestión distinta y compatible con la contemplada en aquellas normas legales y sometida a diferente plazo de prescripción" (cdo n.º 3).

531) La STS de 3 de febrero de 1986 alude, si bien de pasada, a los posibles modos de resolver el problema de la concurrencia entre acciones.



En algunas sentencias, lo acabamos de ver, si las acciones generales y especiales se oponen, el Tribunal Supremo es partidario de aplicar la acción especial, en virtud del aforismo 'lex specialis derogat legem generalem' (532). En cambio, en otras sentencias, el Tribunal Supremo señala, que aquél que ejercita la acción (en nuestro caso, el comprador) tiene la facultad de elección (533). En otras palabras, la compatibilidad entre acciones le permite al comprador optar por aquella vía que considere más adecuada para reclamar al vendedor, y, hecha su elección, se aplica, en bloque, el régimen propio de la acción ejercitada. Finalmente, en algunas otras sentencias --que ya no tienen tanta transparencia-- da la sensación de que el Tribunal Supremo concibe la compatibilidad entre acciones en

---

532) SS TS de 6 de mayo de 1911, 19 de abril de 1928 y 13 de marzo de 1928.

La STS de 23 de septiembre de 1982 tan sólo menciona la regla de la aplicación preferente de la acción especial. Téngase en cuenta, que en el caso, los artículos en concurso eran los 336 CCO y 1101 CC. Esto es, se trata de una cuestión en la que ya operan otros elementos, como es el de la relación que hay entre dos textos legales, reguladores ambos de relaciones entre particulares, pero en sectores diferentes. Dice: "La alegada compatibilidad entre los artículos 336 del Código de Comercio y 1101 del Código civil [que señaló el recurrente], no obsta en modo alguno a la aplicación del primero por ser el artículo 1101 una regla general y el otro una especificación normativa fundada en el carácter mercantil de la compraventa en cuestión" (cdo n.º 4).

533) STS de 19 de abril de 1928: "el principio de que si la acción entablada no es excluyente de la que, según el recurrente, debió promoverse, siempre la elección corresponde al que la ejercita, y la decisión al Tribunal que ha estimado la propuesta que prescribe a los quince años" (cdo n.º 5). También la STS de 6 de junio de 1953, que transcribimos supra, en nota n.º 497.

el sentido de que el comprador puede acumular el ejercicio de la acción general y el de la especial, creando otra acción ajustada a las exigencias del caso (534).

En conclusión, obsérvese que la doctrina jurisprudencial de la compatibilidad entre acciones generales y especiales aparece bastante confusa. Entra en lo posible que esto haya sido un elemento más, entre otros, que justifique el que hoy por hoy el Tribunal Supremo apenas la aplique. De todas formas, nótese que esta doctrina de la compatibilidad entre acciones permite superar la diferencia de régimen de la compraventa específica y de la genérica, puesto que el comprador podrá ejercitar alguna acción edilicia, o alguna general por incumplimiento, según lo estime oportuno, con independencia del tipo de venta celebrado.

**6.3. El criterio funcional: Argumento de la inutilidad o no aptitud de la cosa adquirida.**

[124].- Este segundo argumento jurisprudencial tiene en cuenta que el objeto entregado por el vendedor es inútil, no apto o inhábil para una determinada finalidad. En otras palabras, tiene presente la función o el destino que el objeto desempeña. Esta forma de razonar es conocida, en la doctrina, como el "criterio funcional" de identificación del objeto debido.

Desde una perspectiva global, dos notas caracterizan a la presente línea jurisprudencial:

---

534) SS TS de 1 de julio de 1947 y 25 de abril de 1973.

Ahora bien, la acumulación de acciones también puede entenderse en el sentido de que el demandante puede ejercitar en su demanda, al mismo tiempo, varias pretensiones.

a) Es a partir de los años 80 cuando el Tribunal Supremo la emplea cada vez con mayor frecuencia en la solución de los casos de que conoce.

b) Dicho criterio funcional ha ido progresivamente expandiéndose, permitiendo la aplicación de distintas acciones, todas ellas en alguna medida relacionadas con problemas de anomalías cualitativas de la cosa, pero que en el sistema del Código civil, no parecen tener, entre sí, gran conexión, a salvo, la anteriormente mencionada.

Una de estas acciones es la del error vicio del consentimiento del art. 1266 CC, la cual, en el Código civil, responde a un problema de formación del consentimiento contractual y es una acción de carácter general (535).

Frente a ella, las otras acciones se sitúan en el momento de la ejecución del contrato. Así, las acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria de los arts. 1096, 1124 y 1101 CC, las cuales también poseen carácter general. Asimismo, las acciones edilicias de los arts. 1484 y ss CC, que ya son acciones de carácter especial y se refieren al contrato de compraventa. Finalmente, la acción por ruina del art. 1591.I CC, que igualmente tiene carácter especial, pero que se sitúa en el contrato de obra, y a la que nos vamos a referir para verificar mejor el alcance de la utilización por el Tribunal Supremo del argumento funcional.

Pasamos a desarrollar cómo opera este criterio funcional en la aplicación de cada uno de esos artículos.

---

535) Recuérdese la opinión defendida por MORALES, en cuanto superadora de la concepción del error como vicio del consentimiento (cfr. supra, nota n.º 401).

### 6.3.1. El criterio funcional aplicado a las acciones edilicias.

#### A. Contenido.

[125].- Si el comprador quiere que su pretensión redhibitoria o estimatoria sea admitida por el Tribunal Supremo, tiene que probar una serie de hechos (<sup>536</sup>), como son, la existencia del vicio en la cosa en el momento de la celebración del contrato, el carácter grave y oculto del defecto, etc (<sup>537</sup>). De entre to-

<sup>536</sup>) Recuérdese supra, n.ºm. 76.

<sup>537</sup>) El Tribunal Supremo se ha encargado de precisar toda una serie de aspectos en relación al saneamiento por vicios ocultos, como:

a) Que la privación de luces y vistas no es un caso de vicios ocultos, sino de evicción parcial (STS de 5 de diciembre de 1985).

b) Que son requisitos de la aplicación del saneamiento por vicios ocultos: 1. La existencia de anomalía anterior a la venta; 2. No conocida o susceptible de serlo por el comprador (carácter oculto); 3. Que haga inútil a la cosa, o disminuya en gran medida su utilidad (SS TS de 16 de abril de 1959; 31 de enero de 1970; 28 de mayo de 1981)

c) Que el término "perito" del art. 1484 CC debe entenderse en el sentido de aquella "persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales". No se requiere una titulación profesional (STS de 6 de julio de 1984).

d) Que no es posible interpretar extensivamente el término "perito" del art. 1484 CC. Esto es, no cabe referirlo a terceras personas (técnicos), que el comprador debía haber contratado en la ejecución de las obras, puesto que ello "contradice la clara dicción del precepto al referirse al concreto 'comprador'" (STS de 11 de julio de 1983).

e) Que la opción del comprador entre ejercitar la acción redhibitoria o la estimatoria (art. 1486.I CC), no está condicionada a la mayor o menor gravedad de los vicios ocultos. El comprador es libre en su elección (STS de 25 de enero de 1957).

f) Que cuando el art. 1490 CC dice "los cinco artículos precedentes", incluye también al art. 1484 CC, puesto que dicha inclusión se hace a través del art. 1486 CC (STS de 22 de diciembre de 1971).

g) En una primera etapa, que el plazo de seis meses del art. 1490 CC es plazo de prescripción (SS TS de 11 de junio de 1926, 19 de abril de 1928, 5 de diciembre de 1955, 27 de mayo de 1957).

dos estos requisitos, el alto Tribunal muestra una especial atención a que el vicio o defecto tenga por consecuencia hacer a la cosa inútil, o que disminuya su utilidad de forma relevante.

En este sentido, por ejemplo, las siguientes afirmaciones del Tribunal Supremo:

- "Que la naturaleza del vicio de que adolece la máquina la hace impropia para el uso a que debía ser destinada y para el que fue específicamente creada, puntualizándose pericialmente que por su estado la tan repetida máquina no ha sido prácticamente utilizada ni ha sufrido desgaste en sus elementos" (538).

- "Que la máquina entregada no se hallaba en condiciones de normal funcionamiento (...) ni era susceptible de un normal rendimiento sin antes reparar las

---

En otra segunda etapa, aún mantenida, que dicho plazo es de caducidad (SS TS de 22 de mayo de 1965, 6 de abril de 1967, 9 de noviembre de 1968, 22 de diciembre de 1971, 3 de abril de 1974, 7 de mayo de 1981, 8 de noviembre de 1983).

h) Que la demanda de beneficio de pobreza no es causa de interrupción del plazo de seis meses del art. 1490 CC (STS de 8 de noviembre de 1983).

Tampoco lo es el requerimiento notarial, ni su contestación (STS de 22 de mayo de 1965).

i) Que son causas de "interrupción" del plazo de seis meses del art. 1490 CC, aquellas actividades administrativas que el ordenamiento exige, para presentar la demanda inicial del proceso, siempre y cuando éstas se realicen dentro de dicho plazo.

También son causas de "interrupción" la presentación de la papeleta solicitando el oportuno acto de conciliación, así como la presentación del recurso de revisión (STS 22 de mayo de 1965).

j) Que el plazo de seis meses del art. 1490 se computa a partir de la entrega de la cosa, como especifica dicho precepto, y no, como pretende el recurrente en casación, desde el descubrimiento del defecto (STS 12 de marzo de 1986).

k) Que la finalidad del plazo de seis meses del art. 1490 CC "es dar al comprador la oportunidad de descubrir el vicio" (STS de 3 de abril de 1974).

538) STS de 8 de marzo de 1969, recogiendo la sentencia del tribunal 'a quo'.

averías que existían antes de ser entregada" (539).

- Que "el defecto es de tal naturaleza que, si bien no hace a las máquinas impropias para todos sus usos posibles, sí disminuye en gran medida su utilización y destino" (540).

En la determinación de la utilidad de la cosa relevante, el Tribunal Supremo emplea, tanto un criterio subjetivo, cuanto otro objetivo. De acuerdo al primero, la utilidad cuya ausencia desencadena la protección del remedio edilicio es aquélla que el comprador esperaba obtener con la cosa. Según el segundo, la utilidad a tener en cuenta es la que el tráfico considera inherente o normal al objeto adquirido (541).

Es frecuente que el criterio objetivo y el subjetivo coincidan: el concreto comprador suele perseguir con la adquisición del bien lo mismo que cualquier otro comprador, según la concepción del tráfico. Pero, en ocasiones, estos dos criterios no coinciden, y, en tal caso, precisa el Tribunal Supremo, lo relevante es la específica finalidad que el comprador pensaba obtener con la compra, siempre y cuando la misma se haya incorporado, expresa o tácitamente, al acuerdo contractual.

Así nos lo descubren estas otras afirmaciones del Tribunal Supremo:

- "Tratándose de esas cosas que [el comprador] ha adquirido con el objeto de que le presten alguna uti-

539) STS de 16 de abril de 1959, recogiendo la sentencia del tribunal 'a quo'.

540) STS de 28 de mayo de 1981, recogiendo la sentencia del tribunal 'a quo'.

541) Sobre ambos criterios, objetivo y subjetivo, véase A.M. MORALES MORENO, en ADC, (1980), pp. 635-657.

lidad, de la clase que sea, nadie puede conocer y juzgar mejor que él si llenan ese cometido en mayor o menor grado o le son, por los defectos que tienen, completamente inútiles para la finalidad con que las ha adquirido" (542).

- El vicio "ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a que se la destina o disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso sino para aquel que motivó la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba su adquirente" (543).

#### B. Observaciones críticas.

[126].- Consideramos correcto emplear el argumento de la utilidad de la cosa, para aplicar el saneamiento por vicios ocultos. Dicho empleo viene impuesto por el legislador en la definición que da de los vicios redhibitorios en el art. 1484 CC. Como ya nos es conocido, tal artículo preceptúa que los defectos de la cosa deben hacer a ésta "impropia para el uso a que se la destina", o disminuirlo de modo significativo ("si disminuyen de tal modo este uso (...)").

Por otro lado, también consideramos correcto que el Tribunal Supremo emplee en la determinación de la utilidad de la cosa relevante, tanto un criterio objetivo, como subjetivo. El tenor literal del art. 1484 CC permite la admisión de ambos, a condición de que se otorgue primacia al criterio subjetivo so-

---

542) STS de 25 de enero de 1957.

543) STS de 31 de enero de 1971.

bre el objetivo, y siempre, claro está, que esa utilidad concreta (criterio subjetivo) pueda deducirse del contrato, ya expresa, ya tácitamente (544).

**6.3.2. El criterio funcional aplicado a las acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria de los arts. 1096, 1124 y 1101 CC, en el contrato de compraventa.**

#### A. Contenido.

[127].- El Tribunal Supremo también tiene presente la idea de la inutilidad de la cosa, con el fin de aplicar alguna de las acciones generales, fundadas en el incumplimiento del vendedor (545). Ahora bien, dentro de ese empleo genérico, que el alto Tribunal hace del dato de la inutilidad de la cosa, apreciamos una evolución, que sintéticamente podemos describir de la siguiente manera.

La primera vez que, claramente, el Tribunal Supremo, probada la inutilidad de la cosa entregada, aplica las acciones

---

544) Si bien sigue un esquema diferente, compárese con el art. 35.2 CV de 1980 (transcrito infra, en nota n.º 1075), que admite el criterio objetivo y el subjetivo.

545) Mencionan esta doctrina jurisprudencial, entre otros: OGAYAR Y AYLLON "Efectos que produce la obligación bilateral. (Doctrina jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil)", (1983), p. 98; MORALES MORENO "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", ADC, (1982), pp. 673 ss, y, "Comentarios Edersa XVII 1.º-B", (1993), p. 435; CARRASCO PERERA "Comentarios Edersa XV-1º", p. 396; MONTES PENADES "Comentarios Edersa XV-1º", p. 1241; PRATS ALBENTOSA "La entrega de cosa diversa a la pactada (aliud pro alio) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", RGD, (1992), n.º 573, pp. 5081 ss.



generales por incumplimiento (arts. 1096 y ss CC), es temprana en el tiempo. Se trata, concretamente, de la sentencia de 16 de enero de 1930 (<sup>546</sup>) En ella, el Tribunal Supremo resolvió sobre la adquisición de un motor cuyo fin era poner en movimiento las dos ruedas de un molino, propiedad del comprador. Puesto aquél en funcionamiento, resultó no tener suficiente potencia y de aquí que la harina saliera más granulosa que de ordinario.

El Tribunal Supremo, que casó la sentencia de instancia, declaró resuelta la compraventa celebrada, en virtud del art. 1124 CC. Esta aplicación la basó en que el motor "no era apto para poner en movimiento las dos piedras de que constaba el molino" (cdo n.º 4). No aparece de forma expresa en la sentencia, si se tuvo en cuenta, o no, la posibilidad de que el motor entregado no coincidiera materialmente con el pactado.

Después de esta sentencia, transcurre un amplio período de tiempo hasta que localizamos otra, en la que expresa y claramente se aplica esta misma doctrina, que denominamos del incumplimiento por inutilidad (inhabilidad) de la cosa. Es la sentencia de 30 de noviembre de 1972. En ella el Tribunal Supremo declaró resuelta la compraventa, "al no ser apta para vivienda, la que fue objeto de compraventa" (cdo n.º 1) (<sup>547</sup>). Es a par-

---

<sup>546</sup>) Sin la expresividad y rotundidad que posee la STS de 16 de enero de 1930, la STS de 30 de diciembre de 1927 ya tuvo presente, en cierta medida, el criterio de la utilidad de la cosa --en el caso, la de un vino para consumo--, para aplicar la acción resolutoria del art. 1124 CC (desde otra perspectiva, esta sentencia es objeto de comentario, infra, en nota n.º 959).

Recuérdese que esa STS de 16 de enero de 1930 es objeto de un breve apunte por DIEZ-PICAZO (supra, n.ºm. 106).

<sup>547</sup>) Un poco más abajo, insiste en esa misma idea: "la existencia de dichas humedades --refiriéndose a las apreciadas del propio reconocimiento de la parte-- supone un evidente incumplimiento del contrato por parte del vendedor, ya que entrega una cosa no apta para su destino de vivienda" (cdo n.º 2).

tir de esta sentencia, cuando podemos hablar de una clara generalización de la línea jurisprudencial del incumplimiento por inutilidad (inhabilidad) de la cosa.

Profundizando en dicha línea jurisprudencial, podemos distinguir dos grupos de sentencias, cuya única diferencia estriba en los matices de sus respectivas argumentaciones. Esto es, que si tenemos presente el caso planteado y la solución dada al mismo, la doctrina jurisprudencial sostenida por uno y otro grupo, en esencia, coincide.

El primer grupo abarca aquellas sentencias en las que, constatado el carácter "no apto", o "inútil", o "inhábil" del objeto entregado, el Tribunal Supremo aplica, sin entrar en mayores disquisiciones, alguna de las acciones generales por incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC) (548). En alguna ocasión,

---

Hemos de advertir de la existencia de otras dos sentencias, situadas en el amplio período de tiempo que va desde el 16 de enero de 1930 hasta el 30 de noviembre de 1972, en las que también se tuvo presente el criterio de la inutilidad de la cosa, en la aplicación de la acción resolutoria del art. 1124 CC. Son las SS TS de 16 de febrero de 1950 (se pactó la entrega de un motor de 65 caballos capaz de poner en funcionamiento una dinamo de 50 kilovatios y se entregó uno de 27) y la de 14 de diciembre de 1951 (se celebraron dos compraventas de determinada maquinaria, que resultó no funcionar correctamente). No citamos estas sentencias en el texto, porque ambas desestiman el recurso de casación, interpuesto por el vendedor, en base a motivos procesales: los hechos, declarados probados en la instancia, esto es, el incumplimiento del vendedor, no fueron oportunamente impugnados.

548) SS TS de 25 de abril de 1973; 10 de junio de 1976; 20 de diciembre de 1977; 3 de abril de 1981; 1 de junio de 1982; 19 de enero [sentencia comentada por CLAVERIA GONSALVEZ en CCJC, n.º 1, (1983), pp. 43-50] y 14 de diciembre de 1983.

Recordemos, que la STS de 25 de abril de 1973 ya la citamos cuando expusimos la doctrina jurisprudencial de la compatibilidad entre acciones generales y especiales (supra, nota n.º 524). Esto es, dicha sentencia, que admitió la resolución del contrato suplicada por el comprador, fundamentó su decisión en la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa (cdc n.º 1) y en la de la compatibilidad entre acciones (cdo n.º 2).

dicho tribunal habla de que el vendedor entregó un 'aliud pro alio'.

El segundo grupo de sentencias también tiene en cuenta, si la cosa entregada es inútil o inhábil, como hecho desencadenante de la aplicación de las acciones generales por incumplimiento. Pero, frente al anterior grupo, lo peculiar de este otro, consiste en la reiteración con la que el Tribunal Supremo hace toda una serie de afirmaciones, las cuales nos permiten hablar de rasgos identificadores. Estos son: 1. La necesaria conexión que media entre la inhabilidad de la cosa y la insatisfacción del interés del comprador. Es de advertir la preferencia en el uso del término "inhabilidad". 2. La frecuencia con la que se invoca la categoría del 'aliud pro alio', como justificadora de la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC. Y 3. la radical distinción del campo en que operan las acciones generales por incumplimiento, del en que operan las acciones edilicias (549). No obstante esto, en ocasiones, se reconoce la dificultad de aplicar a la realidad dicha distinción.

---

549) Advertimos que la distinción entre el incumplimiento y los vicios ocultos la hace el Tribunal Supremo, unas veces, pensando en la normativa del saneamiento por vicios ocultos del Código civil (arts. 1484 y ss CC), y otras, en el art. 342 CCO. Dado que el art. 342 CCO no define, qué se entiende por vicio oculto en la compraventa mercantil, y que doctrina y jurisprudencia, normalmente, acuden al art 1484 CC para la definición de aquél, en la exposición que sigue, aludimos, indistintamente, a sentencias, en las que la comparación se hace con el saneamiento por vicios ocultos del Código civil, y a sentencias, en que la comparación se hace con el del Código de comercio. Hemos también de advertir, que es en el Cap. siguiente, el III, dedicado a la compraventa mercantil, en donde analizamos el significado de esta doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa aplicado a aquélla (infra n.ºm. 210 y ss, especialmente a partir del 212).

La primera sentencia, en que encontramos estas tres afirmaciones, es la de 12 de marzo de 1982 (550), que rechazó, para el caso, el que el vendedor hubiera incumplido. Tras ella, puede afirmarse que los términos en los cuales se expresó hicieron rápidamente fortuna (551), y que la mayoría de las sentencias, en las que el Tribunal Supremo tiene que resolver sobre un problema de anomalías cualitativas, tratándose de una compraventa, siguen su misma orientación (552).

550) Véase infra, nota n.º 981.

551) Tan sólo unos días después, encontramos otra sentencia que aplica la misma doctrina: la STS de 23 de marzo de 1982.

552) SS TS de 1 de junio y 23 de septiembre de 1982; 29 de enero [sentencia comentada por R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 1, (1983), pp. 125-131], 10 de junio [sentencia comentada por R. BERCOVITZ en CCJC n.º 2, (1983), pp. 631-639] y 14 de diciembre de 1983; 20 de febrero, 20 de octubre, 22 de octubre, 19 de diciembre y 29 de diciembre de 1984; 6 de marzo de 1985 [sentencia comentada por R. BERCOVITZ en CCJC n.º 8, (1985), pp. 2471-2478]; 15 de julio y 26 de octubre de 1987; 7 de enero de 1988; 8 de marzo [sentencia comentada por RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, pp. 279-303] y 6 de abril de 1989; 26 de octubre de 1990; 1 de marzo de 1991; 8 de abril [sentencia comentada por R.M.º LLACER en CCJC n.º 29, (1992), pp. 483-491] y 14 de mayo de 1992; 7 de abril, 12 de abril y 7 de mayo de 1993.

Hemos de recordar, que la STS de 10 de junio de 1983, ya la citamos al exponer la doctrina jurisprudencial de la compatibilidad entre acciones (supra, n.º m. 121, nota n.º 526), dado que afirma, 'obiter dictum', que la concurrencia entre acciones se rige por la regla de 'lex specialis derogat generali'.

Por otro lado, la presente doctrina jurisprudencial es aplicada por la STS de 13 de febrero de 1989 a un traspaso de local de negocio destinado a discoteca, expresamente consentido por el propietario (la sentencia habla de que hubo otro contrato de arrendamiento). Los accesos y salidas de emergencia del local traspasado resultaron no tener las dimensiones exigidas por el Reglamento de Policía de Espectáculos de 3 de mayo de 1935, y la autoridad gubernativa procedió a su cierre. Ante esto, el arrendatario cesionario demandó al propietario y al arrendatario cedente, suplicando la resolución, así como indemnización por daños y perjuicios.

La sentencia de segunda instancia, revocando la de la primera, desestimó la demanda. El Tribunal Supremo casó, utilizando el siguiente razonamiento: "suponiendo ese vicio oculto --cual es la falta de autorización administrativa para la explotación del local como discoteca-- un incumplimiento contractual

Puesto que la doctrina de uno y otro grupo coincide en esencia --de hecho muchas sentencias que incluimos en este se-

genéricamente expresado en el artículo 1124 del Código Civil, por cuanto se transmitió y cedió un objeto o derecho, que en sí mismo considerado, no era apto para la actividad a desarrollar, impuesta además forzosamente en el contrato, por lo que se da el incumplimiento contractual consiguiente a la entrega de cosa distinta para poder cumplir la finalidad convenida, aliud pro alio, con las consecuencias que tal norma sustantiva impone, en punto a su resolución e indemnización de daños y perjuicios; coincidentes por tanto en sus efectos, tanto la vía del saneamiento (artículo 1486 del Código Civil), como la de la resolución por incumplimiento prevenida en el artículo 1124 del mismo texto legal" (FD n.º 4) [esta sentencia es comentada por GARCIA CANTERO en CCJC, n.º 19, (1989), pp. 217-226].

Téngase presente que la relación entre la obligación de entrega de la cosa debida y la de saneamiento por vicios ocultos opera de forma diferente en el contrato de arrendamiento, que en el de compraventa. En el arrendamiento, el arrendador tiene la obligación de entregar una cosa útil al arrendatario, y esta utilidad se refiere, tanto a anomalías anteriores a la celebración del contrato (el art. 1553 CC remite a las normas de la compraventa sobre el saneamiento, y por tanto, a las del saneamiento por vicios ocultos), cuanto a las anomalías posteriores tras la entrega (art. 1554 CC). De hecho, esta sentencia de 13 de febrero de 1989 afirma, que el vicio oculto de la falta de autorización es un supuesto de incumplimiento [véase CARRASCO PERERA "La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada. (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)", en PJ, n.º 1, (1986), pp. 75 y ss].

Igualmente, la STS de 30 de noviembre de 1984 aplica esta doctrina del incumplimiento por inutilidad de la cosa, esta vez a un contrato de suministro. La deficiente calidad del hormigón entregado hizo que el suministrado tuviera que paralizar la construcción de la residencia de pensionistas, que le había sido adjudicada, y por ello demandó al suministrador, suplicando la indemnización de los daños sufridos en base al art. 1101 CC. Tanto la primera, cuanto la segunda instancia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo no dió lugar a la casación. Tras reflexionar sobre la relación del art. 1101 CC con los arts. 1484 y ss CC y 336 y 342 CCO, así como, sobre la naturaleza del contrato de suministro, no regulado en nuestro Ordenamiento, señala, que no se puede afirmar "que se cumple cuando se cumple mal, es decir, cuando se incumple aquella finalidad que constituyó el condicionante del contrato y es decisivo para valorar su alcance". Y añade, que "acreditado en autos (...) el incumplimiento del suministrador entregando un hormigón que no sirve para la construcción a que iba destinado, es indiscutible que está obligado a su reparación, indemnizando por los daños y perjuicios causados, no con amparo en una acción resolutoria, ni rescisoria, ni de saneamiento, ni por defectos o vicios de las cosas suministradas, sino con la acción consiguiente a la falta de cumplimiento del tenor de las obligaciones contractua-

gundo grupo citan en su apoyo sentencias del primero-- , y puesto que las sentencias que componen el segundo grupo son las que con mayor detalle exponen su argumentación decisoria, nos ha parecido conveniente, que las tres anteriores afirmaciones constituyan el esquema de la exposición que sigue. Lógicamente, en la siguiente exposición incluimos las sentencias del primer grupo.

**A.1. La conexión entre la inutilidad de la cosa y la consiguiente insatisfacción del comprador.**

[128].- El Tribunal Supremo entiende que la insatisfacción del comprador por la cosa adquirida, debe ser consecuencia de que la misma le es inútil o inhábil. Entre insatisfacción e inutilidad tiene que mediar una relación de causalidad.

Así se refleja en las afirmaciones que siguen:

- "Si bien la entrega de cosa diversa ('aliud pro alio') a la pactada en el contrato de compraventa, determinante de pleno incumplimiento por inhabilidad de la cosa e insatisfacción total del acreedor, puede ser subsumida en los artículos 1101 y 1124 del Código civil (...)" (553).

- "Se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o 'aliud pro alio' cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1101 y 1124 del Código Civil" (554).

---

les, que concede el artículo mil ciento uno del Código Civil" (cdo n.º 4).

553) STS de 12 de marzo de 1982.

554) STS de 23 de marzo de 1982.

- "Lo cual es determinante tanto de un incumplimiento de lo pactado por inhabilidad del objeto, como por insatisfacción del acreedor, lo que según tiene declarado esta Sala, permite subsumir el supuesto en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil" (555).

- "Entiende que se está en presencia de entrega de cosa distinta o 'aliud pro alio' cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos mil ciento uno y mil ciento veinticuatro" (556).

- "Se está en supuesto de entrega de cosa distinta de la comprometida o de 'aliud pro alio', (...), dándose así por la inadmisibilidad del objeto la consiguiente insatisfacción total de [sic] comprador que permite acudir a la protección dispensada por los artículos mil ciento uno y mil ciento veinticuatro del Código Civil" (557); etc (558).

[129].- En cuanto a qué utilidades del objeto son relevantes según el Tribunal Supremo, ha de señalarse que éstas son de lo más variado.

Ciertamente, lo más frecuente es que la inutilidad de la cosa sea consecuencia de anomalías a las que podríamos calificar de carácter fáctico o material. Pero en ciertos casos, también se ha considerado que la ausencia de algún requisito de

---

555) STS de 1 de junio de 1982.

556) STS de 10 de junio de 1983.

557) STS de 14 de diciembre de 1983.

558) Expresándose de forma más o menos similar a los párrafos que hemos transcrito, las SS TS de 20 de febrero, 20 de octubre, 22 de octubre, 18 de diciembre, 19 de diciembre y 29 de diciembre de 1984; 6 de marzo de 1985; 15 de julio y 26 de octubre de 1987; 7 de enero de 1988; 6 de abril de 1989; 26 de octubre de 1990; 1 de marzo de 1991; 8 de abril de 1992; 7 de abril y 12 de abril de 1993.

carácter jurídico, que impidiera usar la cosa al comprador, implica que ésta es inútil.

A modo de ejemplo, podemos mencionar las siguientes compraventas en las que el Tribunal Supremo ha indicado, en qué consistía la utilidad del objeto:

a) En las de vivienda, es preciso que éstas reúnan la cualidad de ser habitables desde el punto de vista material (559).

b) En las de plazas de garaje, éstas deben tener un espacio suficiente para estacionar y maniobrar, además de contar con un adecuado acceso a las mismas (aspecto físico) (560). Asimismo, conforma parte de su utilidad el que cuenten con la pertinente licencia administrativa de uso (aspecto jurídico) (561).

Aunque en otras ocasiones el Tribunal Supremo no emplea esta doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, en las adquisiciones de plaza de garaje, es cierto que en la solución de tales conflictos siempre está presente la idea del fin al que aquélla sirve: el del aparcamiento de un vehículo automóvil.

Nuestro alto Tribunal, sea fijándose en una cláusula del contrato de compraventa, sea deduciéndolo del

---

559) SS TS de 29 de enero de 1983 (no funcionan las chimeneas francesas); 26 de octubre de 1987 (la vivienda tenía humedades).

560) STS de 15 de julio de 1987 (las plazas de garaje eran incapaces de contener los vehículos en condiciones de maniobrabilidad y las instalaciones eran defectuosas y peligrosas); 26 de octubre de 1990 (el acceso a la plaza de garaje adquirida lo impedía un pilar desplazado del proyecto).

561) SS TS de 29 de diciembre de 1984 (plazas de garaje de difícil acceso, dimensiones inadecuadas y carentes de licencia municipal); 8 de abril de 1992 (no fue concedida la licencia porque, entre otras cosas, las plazas de garaje carecían de acceso peatonal protegido y salida peatonal).



contenido del conjunto del contrato, sea apoyándose en la buena fe del art. 1258 CC, señala que la obligación del vendedor consistía en entregar una plaza de garaje que permitiera al comprador aparcar un vehículo automóvil. Dado que ello no ocurre con la plaza de garaje materialmente entregada, el comportamiento del vendedor constituye un incumplimiento al que le es aplicable alguna de las acciones contenidas en el art. 1124 CC (562).

562) En este sentido podemos mencionar, por ejemplo, las:

-- STS de 26 de octubre de 1977: En el contrato se especificó que las plazas de garaje permitirían albergar como máximo un automóvil "Seat 1500". También se señaló que debía existir un espacio libre para la circulación del resto de los vehículos. Cuando las plazas de garaje fueron entregadas, se comprobó que éstas permitían el estacionamiento de los vehículos, pero que, en cambio, no era posible que los vehículos entraran y salieran del garaje de modo independiente.

-- STS de 3 de marzo de 1979: Se adquirió un plaza de garaje sin especificación alguna sobre sus características. Una vez que aquélla se entregó, pudo constatarse que no permitía albergar un vehículo automóvil, además de no reunir los requisitos que la pertinente normativa administrativa exigía.

El Tribunal Supremo señaló que, si nada se indica en el contrato, éste debe interpretarse en el sentido, de que la plaza de garaje permita la realización de su fin: el albergar automóviles de tipo medio.

-- STS de 24 de septiembre de 1986: Se compró una plaza de garaje, cuyas características no se especificaron. Entregada, resultó no apta. El Tribunal Supremo, basándose en la anterior sentencia de 3 de marzo de 1979, reiteró que, si nada se dice, la plaza de garaje debe permitir el aparcamiento de un automóvil de tipo medio [esta sentencia está comentada por R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 12, pp. 3995-4004].

-- STS de 22 de abril de 1988: Se vendieron plazas de garaje, que resultaron no permitir el estacionamiento, con normalidad, de vehículos automóviles de tipo medio. El Tribunal Supremo precisó, que lo pactado fue "la venta de dos plazas de aparcamiento hábiles para albergar 'sin dificultades' vehículos de tipo medio" [FD n.º 5; sentencia comentada por ORTI en CCJC, n.º 17, (1988), pp. 463-474].

-- STS de 14 de octubre de 1991: Las plazas de garaje no podían utilizarse al carecer de licencia de uso, consecuencia de la no realización de una serie de obras por la promotora. El Tribunal Supremo, recogiendo la argumentación de la sentencia de la Audiencia, la cual se apoyó en la buena fe del art. 1258 CC, señala, que "mal cabe sostener que se cumpliera satisfactoriamente la entrega de los bienes vendidos con la puesta a disposición de la plaza de garaje, si ésta no puede utilizarse en forma legal o reglamentaria de acuerdo con las ordenanzas municipales del término donde radica el inmueble" [FD n.º 3; sentencia comentada por GOMEZ-SALVAGO SANCHEZ en CCJC, n.º 27, (1991), pp. 1001-1007].

-- STS de 4 de abril de 1978: El caso de esta sentencia es diferente a los anteriores, puesto que trató de un vendedor-constructor que no pudo entregar las 119 plazas de garaje, a

c) En las de máquinas, éstas deben funcionar correctamente de acuerdo a su destino (563).

d) En la de vehículos automóviles, éstos deben poder transportar personas, fin por el cual se adquirieron (564). Asimismo, deben poder circular desde el punto de vista jurídico (565).

e) En la de triturado de mármol, éste debe poseer una dureza suficiente para que las baldosas de terrazo, que el comprador fabricó con él, sean resistentes y no se rompan al ser pulidas, una vez colocadas (566).

f) En la de tubos destinados a riego por aspersión, el que no se rompan tras su instalación (567).

g) En la de tablillas de madera para parquet, que éstas no estén afectadas de carcoma (568), y en la de la madera de los

---

que se obligó por distintos contratos de compraventa, por el hecho, de que sólo disponía de espacio para construir 76 plazas de garaje.

563) SS TS de 10 de junio de 1983 (la máquina producía menor toneladas de pienso/hora que la atribuida); 20 de febrero de 1984 (el camión-grúa sufrió reiteradas averías); 29 de febrero de 1988 (las máquinas de juego recreativos resultaron no funcionar consecuencia de un uso anterior); 7 de abril de 1993 (la máquina adquirida no funcionó con normalidad, a causa de una avería en el "grupo de cierre y automatismo").

564) STS de 10 de junio de 1976 (los tres autobuses comprados fueron objeto de reiteradas averías).

565) STS de 14 de diciembre de 1983 (el vehículo no puede circular por carecer de matrícula).

566) STS de 20 de octubre de 1984.

567) STS de 7 de enero de 1988.

568) STS de 6 de marzo de 1985.

pasamanos de las barandillas del edificio, en el cual se adquirió una vivienda, el que aquélla carezca de carcinoma (569).

h) En la de papel pergamino cuyo fin es empaquetar mantequilla, que su composición no provoque el que la misma se estropee (570).

i) En la de tejidos de confección, que éstos sean adecuadamente fuertes, de forma que los vestidos hechos con ellos no se rasgen (571).

j) En la de cemento, que éste posea una resistencia suficiente para hacer "hormigón preparado" (572).

[130].- Por lo que respecta a los criterios (objetivo o subjetivo) para constatar si el interés del comprador ha sido o no satisfecho, el Tribunal Supremo no se muestra muy explícito.

En principio, es claro el empleo del criterio subjetivo: en la medida en que la insatisfacción es, sin más, referida al interés del comprador, y esto es lo más frecuente, hemos de entender que se utiliza tal criterio.

La posibilidad de emplear un criterio objetivo ha sido expresamente reconocida por la STS de 6 de abril de 1989 (573).

---

569) STS de 18 de diciembre de 1984.

570) STS de 8 de marzo de 1989.

571) STS de 19 de diciembre de 1984.

572) STS de 1 de marzo de 1991.

573) Curiosamente, esta sentencia no parece conectar directamente la inhabilidad de la cosa entregada con la insatisfacción del interés del comprador. Dice así: "habría de definir la existencia de la prestación diversa: como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto, o por insatisfacción del comprador" (FD n.º 4).

Señala que el interés relevante del comprador se concreta a través de "la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento" (FD n.º 4) (574).

Otro aspecto destacable en esta sentencia es que expresamente niega que la insatisfacción del comprador pueda considerarse "un elemento aislado", y afirma que el criterio para su determinación no "puede dejarse a su arbitrio" [al del comprador] (FD n.º 4). Estas afirmaciones parecen darnos a entender, que los simples motivos internos del comprador son algo irrelevante, lo cual nos hace recordar la manera de entender el Tribunal Supremo la esencialidad del error, en el art. 1266 CC.

Pero al margen de que el Tribunal Supremo admita, tanto el criterio subjetivo, como objetivo, lo más frecuente es que el interés del comprador, incorporado al contrato, coincida con la normal utilidad que el tráfico asigna a la cosa objeto de la compraventa (575).

---

Un poco más abajo se encuentra la misma idea: "para el segundo caso se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado, o que el comprador quede objetivamente insatisfecho" (FD n.º 4).

Véase también la STS de 7 de mayo de 1993.

574) Más matizadamente, este criterio objetivo parece que también es tenido en cuenta en la STS de 26 de octubre de 1987: "ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada" (FD n.º 2).

575) Así lo señala, para el caso de que conoce, la STS de 29 de febrero de 1988: "son máquinas usadas y manipuladas de su venta [sic] y que, por tales defectos, resultan inútiles al fin perseguido, en su adquisición, de un normal uso y originaron reclamaciones procesales" (FD n.º 2).

A.2. El argumento del 'aliud pro alio' e inhabilidad de la cosa, en la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC.

[131].- Con bastante frecuencia el Tribunal Supremo dice, que hubo entrega de cosa distinta, o de cosa diversa, o de 'aliud pro alio' (576). Se trata de tres expresiones sinónimas, y por tanto, intercambiables entre sí. No obstante esto, en relación a la última expresión mencionada, la del 'aliud pro alio', hemos de advertir que, en su empleo jurisprudencial, parece estar automáticamente asociada a la aplicación de las acciones generales por incumplimiento (arts. 1096, 1101 y 1124 CC).

A esta conexión podemos objetarle que el 'aliud pro alio' no cuenta en Derecho con una función predeterminada. En este sentido, hemos de aludir al Derecho romano, que emplea esa idea para explicar la relevancia del error en la sustancia (577).

---

576) SS TS de 12 y 23 de marzo y 23 de septiembre de 1982; 10 de junio y 14 de diciembre de 1983; 20 y 22 de octubre y 29 de diciembre de 1984; 6 de marzo de 1985; 15 de julio de 1987; 7 de enero de 1988; 8 de marzo de 1989; 26 de octubre de 1990; 1 de marzo de 1991; 8 de abril y 14 de mayo de 1992; 7 y 12 de abril de 1993.

577) Se trata del famoso texto de Ulpiano, sobre el error en la sustancia, en D. 18.1.9.2: "Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino venat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum, emptioem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consntio, quia eadem prope (substantia) est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, seb ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur" (lo subrayado es nuestro; es reproducción de la ed. del D. de los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbruggen, traducción al castellano de García del Corral).

Este texto del Digesto es mencionado por la STS de 3 de febrero de 1986. Textualmente: "la Audiencia dejó establecido, coincidiendo con el Juzgado, es llano que se está en el caso de

Pero dejando al margen esta simple precisión terminológica, que por otro lado carece de consecuencias, interesa señalar el concreto alcance que posee el argumento jurisprudencial del 'aliud pro alio' en el incumplimiento del vendedor por la inhabilidad de la cosa.

En algunos casos es claro que el vendedor incumple, en el sentido más propio del término, puesto que entrega una cosa materialmente diferente de la que fue objeto del contrato. Por ejemplo, se pactó la entrega de tabiques de escayola, y se entregaron de yeso (578); o se incluyó que el edificio tendría una caldera de determinado tamaño y se instaló otra más pequeña (579); o se encargaron ochenta postes, que debían reunir determinadas características, lo que no ocurrió con los entregados (580).

El que, pese a la nitidez con que se presenta el incumplimiento en tales casos, el Tribunal Supremo no se limite a hablar, sin más, de él, y prefiera indicar que hubo incumplimiento, porque la cosa entregada es inhábil, seguramente es consecuencia de arrastrar una forma de razonar, que en otras sentencias puede tener una clara razón de ser.

---

un error recayendo sobre la sustancia, según la concepción clásica de Ulpiano, en el Digesto (Libro XVIII, Título I, 9, 2), de 'aliud pro alio', y más claramente aun sobre las condiciones (vistas las circunstancias) del contrato, que principalmente dieron motivo a que (...)" (FD n.º 5)

578) STS de 23 de marzo de 1982.

579) STS de 1 de junio de 1982.

580) STS de 22 de octubre de 1984.

En ocasiones, la inutilidad de la cosa permite al Tribunal Supremo llegar a la calificación del incumplimiento, puesto que la inutilidad es un serio indicio, de que se entregó cosa distinta a la pactada. Esta idea aparece reflejada en la STS de 19 de enero de 1983, que declaró la resolución parcial de la compraventa celebrada, porque los cabezales de los motores entregados no coincidían con los pactados. Recogiendo lo dicho por la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo afirmó que hubo "incumplimiento, consistente éste en haber suministrado la demandada a la actora más [sic] máquinas vibrotamices (...) que en modo alguno respondían 'a la especificación convenida o al genus designado en el contrato', amén de no servir para el uso o finalidad industrial de la actora" (cdo n.º 1) (581).

Pero, en otras sentencias, parece que el Tribunal Supremo va más allá, pues, olvidándose de la posible coincidencia material de lo entregado con lo pactado, señala que el vendedor tiene la obligación de entregar una cosa útil al comprador. Esta idea se encuentra en la STS de 18 de diciembre de 1984, que afirmó que se estaba "ante un supuesto de propia inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, esto es, ante un defectuoso cumplimiento de la obligación contractualmente asumida de idoneidad de la cosa" (cdo n.º 2).

De esta afirmación jurisprudencial se desprende, que lo jurídicamente relevante es el objeto que el contrato diseña, y

---

581) En el mismo sentido, aunque de forma más matizada, la STS de 22 de octubre de 1984: "la indemnización se postula por incumplimiento de la prestación, a la que la empresa vendedora recurrente venía obligada, unos postes de unas características determinadas, que no fueron los suministrados, sino otros de distinta naturaleza y calidad, que los hicieron inservibles, por inadecuados" (cdo n.º 3).

no, el objeto existente en la realidad. Es decir, sobre el vendedor pesa una obligación de resultado (garantía), consistente en dar una cosa útil al comprador, que, a veces, es expresamente pactada, y otras, que son la mayoría, está implícita en el contrato (582).

**A.3. La radical distinción del campo en que operan las acciones generales por incumplimiento, del en el que operan las ediliicias. El origen procesal de la afirmación.**

[132].- Con mayor o menor énfasis, el Tribunal Supremo suele resaltar, a propósito de la materia que nos ocupa, la diferencia existente entre el supuesto del incumplimiento contractual, de los arts. 1101 y 1124 CC, y el de los vicios redhibitorios, de los arts. 1484 y ss CC y 342 CCO (583). Con ello intenta justificar la aplicación de los remedios generales, fundados en el incumplimiento, y excluir la de los remedios propios del saneamiento.

Véanse las siguientes afirmaciones del Tribunal Supremo:

- "Ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del

---

582) Esta obligación de resultado o garantía es tácitamente reconocida por el Tribunal Supremo, en las sentencias que resaltan, que el fin, que el comprador pretendía alcanzar a través del contrato no se ha logrado, como consecuencia de la entrega de una cosa no útil. Por ejemplo, las SS TS de 19 de enero y 14 de diciembre de 1983; 20 de octubre, 19 y 29 de diciembre de 1984; 15 de julio de 1987; 6 de abril de 1989; 8 de marzo de 1989; 26 de octubre de 1990; 8 de abril de 1992.

583) No se olvide que a veces la comparación es con el art. 342 CCO (supra nota n.º 549).



comprador (...) supuesto que no debe ser confundido con el de prestación defectuosa (...) sometida a la regulación específica del saneamiento" (584).

- "La inhabilidad total del objeto no es encuadrable dentro de los vicios ocultos, sino en la hipótesis de entrega de cosa distinta --'aliud por alio' [sic]" (585).

- "La inhabilidad del objeto suministrado (...) por constituir ello verdadero incumplimiento y no mero supuesto de vicio interno de la cosa vendida" (586).

- "Ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad [sic] del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador (...), supuesto que no puede ser confundido con el de la prestación defectuosa" (587); etc (588).

Con estas afirmaciones, el Tribunal Supremo parece querer decir, que las acciones generales por incumplimiento y las acciones edilicias no se superponen; tiene cada una de ellas su específico y exclusivo campo de aplicación.

Lo que resulta más difícil es establecer claramente las diferencias. El reconocimiento teórico del diferente campo operativo de las acciones correspondientes, no le impide al Tribunal Supremo, admitir la dificultad práctica de calificar un caso dado, como supuesto de incumplimiento, o de vicio oculto.

---

584) STS de 23 de marzo de 1982.

585) STS de 20 de octubre de 1984.

586) STS de 6 de marzo de 1985.

587) STS de 22 de octubre de 1984.

588) SS TS de 26 de octubre de 1987; 7 de enero de 1988; 1 de marzo de 1991; 14 de mayo de 1992.

En este sentido, estas otras afirmaciones:

- "Sin dejar de reconocer la jurisprudencia las dificultades que ofrece en la realidad la distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa" (589).

- "Al margen de los muy dificultosos problemas que la doctrina, tanto mercantilista como jurisprudencial tiene planteados en orden a la clara y patente diferenciación entre los conceptos de 'vicios y defectos de la cosa' y 'entrega de objetos distintos a los pactados'" (590).

- "En orden al concepto y distinción entre los vicios ocultos y la prestación defectuosa; distinción que, aun reconociéndose su dificultad sustancial"; etc (591).

Para mayor claridad, conviene explicar el contexto procesal en el que se inserta el razonamiento del Tribunal Supremo.

Existe un determinado número de casos que se desenvuelven como sigue. El comprador (592) acude al órgano judicial suplicando, básicamente, o que el vendedor cumpla el contrato, o que el vínculo generado por éste desaparezca. Suele añadir a estas pretensiones, otra de indemnización por daños y perjuicios; a veces sólo se pide ésta. La fundamentación jurídica de la demanda suele ser confusa: si bien en ocasiones alega el art. 1124 CC, o el 1101 CC, o los 1484 y ss CC, como vías alternativas, en otras, dichos preceptos son citados conjuntamente. Si -

---

589) STS de 23 de marzo de 1982.

590) STS de 19 de diciembre de 1984.

591) SS TS de 10 de junio de 1983; 22 de octubre de 1984; 15 de julio de 1987; 6 de abril de 1989.

592) Cuando se trata de compraventas de viviendas, en régimen de propiedad horizontal, la demanda suele interponerla la comunidad de propietarios, a través de la representación orgánica, que ejerce su presidente.

la segunda instancia admite la pretensión del comprador, el vendedor interpone recurso de casación alegando, sustancialmente, dos ordenes de argumentos: por un lado, que el caso no es un supuesto de incumplimiento, sometido a los arts. 1101 o/y 1124 CC; por el otro, que el caso es un supuesto de vicios ocultos, encuadrable en los arts. 1484 y ss CC o 342 CCO, y, dado que el comprador interpuso la demanda fuera de plazo (seis meses o treinta días), procede la desestimación (593). Si, en cambio, la segunda instancia rechaza la pretensión del comprador, éste interpone recurso de casación, alegando que procede la aplicación de las normas generales de incumplimiento, y no las de saneamiento por vicios ocultos (594).

En otras ocasiones, el conflicto procesal se plantea de esta otra forma. El vendedor reclama al comprador el pago del precio, a lo que éste se opone, porque la cosa entregada no satisface sus expectativas; y reconviene, suplicando la condena del vendedor al cumplimiento del contrato, o a la desvinculación, junto, por lo general, con la petición de que se le indemnicen los daños sufridos. Si en la segunda instancia se estima la pretensión del comprador, el vendedor interpone recurso de casación, que contiene los dos órdenes de argumentos mencionados en el párrafo anterior (595). Si, en cambio, la segunda

---

593) SS TS de 1 de junio de 1982; 29 de enero de 1983; 20 de febrero y 29 de diciembre de 1984; 6 de marzo de 1985; 15 de julio de 1987; 7 de enero de 1988; 26 de octubre de 1990.

594) STS de 6 de abril de 1989.

595) SS TS de 23 de marzo de 1982; 10 de junio de 1983; 20 y 22 de octubre y 19 de diciembre de 1984; 26 de octubre de 1987; 8 de marzo de 1989; 1 de marzo de 1991.

instancia desestima esa pretensión, el comprador interpone recurso de casación, apoyándose en que deben aplicarse las normas generales del incumplimiento, y no, las del saneamiento por vicios ocultos (596).

#### **B. Observaciones críticas.**

[133].- Tres observaciones críticas nos suscita la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa.

##### **B.1. El distinto modo de producirse el incumplimiento en la compraventa específica y en la genérica: incumplimiento de deberes de prestación.**

[134].- Si analizamos aisladamente esta doctrina jurisprudencial, según la cual la entrega de cosa inhábil es un incumplimiento, hemos de afirmar que, en sí misma, no es una doctrina incorrecta. Para valorarla adecuadamente es preciso conectarla con el modelo de compraventa celebrado: esto es, con la compraventa específica o genérica (597).

En el primer caso (compraventa específica), aunque la cosa entregada por el vendedor sea inhábil, si se trata de la que fue objeto del contrato, no puede hablarse de incumplimiento, entendido éste en sentido estricto, es decir, como infracción de un deber de prestación (cfr. art. 1088 CC) (598). El Código

---

596) STS de 12 de marzo de 1982.

597) Recuérdese lo dicho en el Cap. I.

598) No se olvide lo dicho supra, en n.ºm. 93.

civil sólo impone al vendedor una pura y simple obligación de dar, consistente en la entrega de la cosa debida, en el estado en que se encontrase, cuando la celebración del contrato (arts. 1461 y 1468 CC) (599). Si la cosa entregada resultó inútil, el comprador únicamente podrá ejercitar las acciones edilicias, siempre que dicha inutilidad constituya un vicio redhibitorio del art. 1484 CC.

En la compraventa genérica, el vendedor incumple, si entrega una cosa que no pertenece al género debido. Para constatar que hubo divergencia entre la cosa entregada y el género, ha de tenerse presente la manera en que las partes determinaron el género. Una, consiste en identificar las características conformadoras del género, con independencia de los objetos que existen en la realidad. Por ejemplo, vendedor y comprador acuerdan, que el primero entregará una máquina que sea útil para los fines que el segundo persigue alcanzar. En este caso, el género es el género de máquinas útiles a los finalidades del comprador. En esta delimitación es posible que se tenga presente algún objeto de la realidad, pero, la regla jurídica relevante es la diseñada en el contrato.

La otra forma de determinar el género consiste en que, teniendo presente un conjunto de cosas existente en la realidad, las partes consideran que las mismas conforman un género, puesto que les atribuyen unas características comunes. Por ejemplo, la máquina de determinado modelo, que hay en el mercado, posee unas características que permiten al comprador llevar a cabo

---

599) Discrepa, como ya sabemos, RUBIO GARRIDO [cfr. supra n.ºm. 102].

cierta actividad. En este caso, hay vinculación jurídica con el objeto existente en la realidad.

Pero, cualquiera que sea la forma en la que se haya identificado el género, una vez que el comprador acepta la cosa ofrecida en pago, si después resulta inútil, el comprador sólo dispondrá, frente al vendedor, de las acciones edilicias. Lo que ocurre, es que no siempre en la práctica queda claro, el que se haya producido la aceptación.

Retornando a la doctrina del Tribunal Supremo, cuando éste señala que hay incumplimiento, porque la cosa entregada es inútil, no aparece en su argumentación ninguna alusión al modelo de compraventa que se pactó (600). Si así lo hubiera hecho, nos hubiera permitido ver la posible corrección dogmática de la argumentación, de acuerdo al sistema diseñado en el Código civil. Es cierto que el modelo de compraventa que, hoy por hoy, más frecuentemente existe en el tráfico, es el genérico, y, de hecho, la mayor parte de los casos que llegan al Tribunal Supremo son compraventas de este tipo. De aquí que, en principio, puede parecer correcta la argumentación que el Tribunal Supremo ofrece, cuando habla de incumplimiento. Pero igualmente es cierto, que dicho Tribunal admite pretensiones de compradores, que tuvieron en su poder la cosa durante un tiempo suficiente, para conocer sus cualidades, y que podemos pensar, razonablemente, en la posibilidad de una aceptación tácita. En estos otros casos es dudoso, que la aplicación de la doctrina de la inhabili-

---

600) Son excepción las cinco sentencias a las que más abajo aludimos (infra, n.ºm. 149), y en las cuales ese dato parece no tener carácter decisorio.

dad de la cosa sea, sin más, correcta. Pero, insistimos, el Tribunal Supremo opera al margen de que la compraventa fuera específica, o que, siendo genérica, la misma se hubiera, o no, especificado.

Orti <sup>(601)</sup> discrepa de la valoración que hemos hecho, en cuanto que para él es dogmáticamente correcta la aplicación que el Tribunal Supremo hace de los arts. 1101 y 1124 CC.

Este autor justifica su opinión en que, si se analizan los casos que llegan al Tribunal Supremo, se constata que la compraventa litigiosa siempre poseía carácter genérico <sup>(602)</sup>. Recuérdese que, para Orti, el régimen de la compraventa genérica es, en todo caso, el de los arts. 1101 y 1124 CC, pues la especificación es un hecho irrelevante en relación a la determinación cualitativa del objeto, y el de la compraventa específica, el de los arts. 1484 y ss CC <sup>(603)</sup>. La doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa vendría, de esta forma, a apoyar su opinión. Teniendo presente esto, es lógico que afirme:

"Así las cosas, el recelo, los prejuicios dogmáticos y los intentos de limitar y ocultar la aplicación de las reglas generales que viene realizando el T.S., constatados en los casos de venta mobiliaria,

---

601) ORTI "La protección", pp. 122-171, dedicadas al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica exclusivamente normas procedentes del Código civil.

602) De la misma opinión parece ser PRATS ALBENTOSA. Dice así: "El Tribunal Supremo ha dado lugar con esta doctrina [la del 'aliud pro alio'] a una jurisprudencia fundada en razones de justicia material, una jurisprudencia de intereses destinada a ofrecer, mediante la admisión de la aplicación de las reglas generales del incumplimiento contenidas en los artículos 1101 y 1124 del Código civil, una mayor protección, de modo general, al comprador-consumidor de cosas genéricas fabricadas en serie o en masa, frente al fabricante-comerciante-vendedor de tales productos" ["La entrega de cosa diversa a la pactada ('aliud pro alio') como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", RGD, (1992), n.º 573, p. 5095].

603) Cfr. supra, n.ºm. 74.

carecen de fundamento. La aplicación de las reglas del incumplimiento no desplaza a la reglamentación del saneamiento del Código civil, sino que la coloca en sus justos límites para los que fue creada, que es la venta de cosa específica. La aplicación de las reglas del incumplimiento se limita a un conjunto de hipótesis que no fueron previstas por el legislador del siglo XIX, resultando plenamente aplicable la normativa del saneamiento a los supuestos de venta específica.

En consecuencia, la aplicación de las reglas del incumplimiento a estos supuestos, no obedece a la utilización del criterio de la acumulación de acciones, sino a llenar una laguna para un determinado tipo de compraventas (las de cosa genérica) que obviamente, no fueron previstas por el legislador y a las que no se les puede aplicar la regulación del saneamiento cuyos presupuestos son radicalmente distintos. No es que se compatibilicen ambos regímenes, general del incumplimiento y saneamiento, sino que coexisten dos regímenes jurídicos distintos, para distintos supuestos: el del saneamiento para la venta de cosa específica y el del incumplimiento para el de la cosa genérica" (604).

Si, desde la perspectiva dogmática contenida en el Código civil, hemos considerado no del todo correcta la forma con que opera el Tribunal Supremo (aplicación del régimen del incumplimiento, independientemente del carácter específico o genérico de la obligación del vendedor), desde la perspectiva del resultado que con ella se alcanza (la mayor protección del comprador), entendemos, con límites, que es una doctrina que responde adecuadamente a las demandas actuales del tráfico. Pese a no poder extraer con la seguridad que desearíamos todos los datos del concreto caso, percibimos en ellos un denominador común: La justicia material del caso fundamenta la aplicación de las acciones generales por incumplimiento, y excluye la aplicación de las acciones edilicias.

En este sentido, fijándonos en la condición de los sujetos que intervienen en la compraventa, se observa que no son com-

---

604) ORTI, "La protección", p. 168.



praventas entre simples particulares, sino que lo normal es, que el vendedor sea un perito en el objeto enajenado, no siéndolo en ese concreto tráfico el comprador (605). En otras palabras, el adquirente se encuentra en una situación de inferioridad, en comparación con la información y conocimiento que del objeto posee o debe poseer el vendedor, y de aquí que necesariamente aquél tenga que confiar en éste. Por ejemplo, el vendedor es el fabricante del bien (606), o el constructor o/y promotor del inmueble (607), o un comerciante profesional del ramo (608).

---

605) Se trata de la compraventa denominada de consumo empresarial, que el Tribunal Supremo suele calificar de civil; sobre la discusión doctrinal acerca de su naturaleza civil o mercantil, y la jurisprudencia, infra, n.ºm. 156 y ss.

606) SS TS de 19 de diciembre de 1984; 7 de enero de 1988; 6 de abril de 1989 (si bien esta sentencia desestimó la pretensión del comprador).

607) SS TS de 1 de junio de 1982; 29 de enero de 1983; 18 de diciembre de 1984; 15 de julio y 26 de octubre de 1987.

608) STS de 20 de febrero de 1984. En cambio, en la STS de 19 de diciembre de 1983 el vendedor fue ocasional (RENFE).

Una serie de razones matizan, no obstante, la afirmación del texto, sobre el mayor conocimiento del comerciante vendedor acerca del objeto enajenado, frente al poseído por el comprador. Esta afirmación no tiene, desde luego, la fuerza argumental que posee, en cambio, en relación al fabricante vendedor.

En primer lugar, porque si nos fijamos en la concreta cosa que el comerciante entrega, éste, en determinados sectores del tráfico, no puede llegar a un efectivo conocimiento de la cosa, al estar precintada o embalada, precinto que además ofrece una garantía al comprador.

En segundo lugar, y esta otra razón que consideramos tiene mayor peso, el actual sistema de distribución de los bienes se caracteriza, porque el fabricante puede tener, y de hecho tiene, un cierto control, tanto económico, cuanto de dirección, sobre el negocio del comerciante y el contenido de los contratos que éste celebra (pensemos en situaciones derivadas de un contrato de concesión, de franchising, etc; añádase, el que, frecuentemente, la publicidad del producto es hecha por el fabricante y no por el comerciante: sobre ello véase infra, la nota n.º 611).

Sobre esta realidad del actual sistema de distribución ha llamado la atención, en relación al ordenamiento italiano, G.

Si nos fijamos en la conducta a desplegar por el vendedor, observamos, que el deber de prestación de éste no se limita a un simple dar, inherente al contrato de compraventa, sino que el vendedor suele intervenir de algún modo --bien antes, bien después de la celebración-- en el proceso de construcción, fabricación, o elaboración de la cosa objeto del contrato. Aparece entonces, junto al deber de prestación de dar, otro de hacer, que, además, puede ser considerado de resultado, si tenemos presente el modelo de contrato de obra. Esto es lo que a nuestro parecer justifica jurídicamente en un importante número de casos la aplicación de las acciones generales del incumplimiento. Lo más normal es que las compraventas de las que conoce el Tribunal Supremo no respondan al puro modelo que el Código civil contempla (el dar sin más), sino que sean compraventas complejas, en las que el vendedor tiene a su cargo un dar y un hacer (609).

---

SANTINI, llegando a conclusiones que entendemos extrapolables al nuestro. Este autor afirma, que el sistema tradicional de distribución se ha transformado en lo que llama un sistema de distribución integrado. Por comercio tradicional entiende el mencionado autor, aquél en que la distribución del producto sigue el cauce de sucesivas transmisiones independientes (los eslabones de una cadena): la del fabricante al mayorista, la del mayorista al minorista y la del minorista al consumidor final. Frente a esto, en el comercio integrado (de carácter vertical) existe una mayor colaboración y conexión entre esas personas, que tradicionalmente han integrado los distintos eslabones de los canales de distribución, e incluso, algunos de ellos desaparecen de la cadena (por ejemplo el fabricante llega directamente al consumidor final) [G. SANTINI "El comercio. (Ensayo de economía del Derecho)", trad. esp., (1979, de la edición italiana), pp. 75-121; en especial, las pp. 81-90 y 97-100; no relacionado con nuestro tema de investigación, pero como ejemplo de esta transformación a la que aludimos, E. BELTRAN "Sobre los contratos de integración vertical en la agricultura", ADC, (1989), pp. 445-468].

609) A.M. MORALES justifica esta obligación de hacer que recae sobre el fabricante y el constructor que enajenan un bien, en base a que las compraventas que éstos celebran se aproximan al contrato de obra (contrato complejo). Este autor precisa que el

En otras ocasiones, finalmente, lo que ocurre es que el vendedor atribuyó al objeto una serie de cualidades que no tenía, descubriéndolo el comprador, una vez que tomó posesión (610). E incluso, el vendedor llegó a garantizar una determinada cualidad del objeto, de la que éste carecía (611).

---

esquema obligacional de la compraventa del Código civil piensa únicamente en la enajenación del bien, siéndole indiferente el posible anterior proceso de fabricación. Esto es lógico, si tenemos presente un modelo de sociedad artesanal, en el cual "los objetos se fabrican normalmente por encargo del adquirente", siendo en el contrato de obra en donde se tienen presentes las cuestiones relativas a la fabricación del bien, mientras que la compraventa contempla "las adquisiciones de objetos ya usados, fondos, productos naturales, etc".

Frente al anterior estado de cosas, en la actualidad "el fabricante fabrica, en serie y fuera de todo encargo, los productos que luego enajena". Es decir, no debe olvidarse, que la "cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmisiva equivalente a la que se daría en ese caso de haber mediado un contrato de obra. De ahí se desprende una consecuencia: Las anomalías de la cosa (en función de lo explícita o implícitamente pactado) que puedan relacionarse con su fabricación, son imputables al fabricante vendedor; como si se tratase de un contrato de obra en el que el constructor hubiera incumplido, en cuanto al resultado final, su obligación. Lo cual produce los siguientes efectos prácticos: (...) 2.º Permite aplicar de modo traslativo la responsabilidad que las reglas generales del derecho de obligaciones prevén en los casos de incumplimiento" [A.M. MORALES, ADC, (1982), pp. 656-677, especialmente las pp. 668-670].

En su comentario al art. 1101 CC, CARRASCO PERERA resalta la diferente concepción que el Código civil tiene de la obligación, "como una prestación lineal, típica y única, que se agota en el mero hecho de su realización", con lo que ocurre en la realidad, en la cual "las obligaciones se interrelacionan en una malla donde no es fácil separar prestación principal y accesorias, e incluso en la que el interés del acreedor puede verse mayormente dañado por el incumplimiento de obligaciones de este tipo". Un poco más abajo alude al ejemplo del vendedor fabricante del bien ["Comentarios Edersa XV-1º", pp. 392-393; pensando en los contratos, la p. 412].

610) STS de 8 de marzo de 1989.

611) En la STS de 23 de marzo de 1982, el vendedor garantizó los tabiques de escayola enajenados "contra todo defecto de fabricación y de exceso de humedad" (cdo n.º 1).

Y en la sentencia de 10 de junio de 1983, el alto Tribunal señala el incumplimiento del vendedor, porque "la potencia de la máquina entregada aun funcionando en condiciones óptimas no hace posible la consecución del resultado que la compradora ex-

En conclusión, tras una misma argumentación jurisprudencial se esconde una amplia variedad de casos, que no parecen

presó en sus tratos con la vendedora y que Funcor S. Coop. hizo objeto de oferta y garantía" (cdo n.º 3).

Entre los hechos recogidos por esta STS de 10 de junio de 1983 se menciona que la propaganda inicial precisó el rendimiento a alcanzar por la máquina. Este dato, sin embargo, no es el decisorio de la presente sentencia puesto que el vendedor garantizó en el contrato su rendimiento. En otras ocasiones, la publicidad antecedente a la celebración del contrato ha sido tenida presente por el Tribunal Supremo, admitiendo que el contenido de aquélla, no reflejado después en el contrato documentado, vinculaba al vendedor, y de aquí su responsabilidad en el caso de que su contenido fuera incumplido. Tal vinculación se hace a través de la buena fe del art. 1258 [cfr. la conocida STS de 27 de enero de 1977, y en relación con ella, RICO PEREZ, "Valor de la propaganda en la compraventa de un piso", RGLJ, (1978), pp. 345-358, y LASARTE "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)", RDP, (1980), pp. 50-78; también las SS TS de 28 de septiembre de 1985 y 20 de enero de 1989].

Limitándose al ámbito de los consumidores, el art. 8 LGDCU, por un lado, ha recogido esa doctrina jurisprudencial sobre el art. 1258 CC, y por otro, la ha dado un alcance mayor:

a) La ha recogido porque, si el que anuncia es al mismo tiempo el vendedor, el art. 8 LGDCU le obliga a responder del contenido de la publicidad, en cuanto a las características del objeto.

b) La ha ampliado porque, si el que anuncia no es el vendedor del producto (por ejemplo, es el fabricante o el importador), también va a responder del contenido de la propaganda pese a no ser parte del contrato. Se discute en la doctrina el régimen por el que dicho anunciante va a responder: A.M. MORALES, aunque en un principio se inclinó por el de la responsabilidad contractual [en una conferencia dada en Albacete en 1989, titulada "Publicidad engañosa y defectos de la cosa", después publicada en los "Estudios" en homenaje a Vallet, con alguna que otra modificación, como la presente], posteriormente ha considerado más adecuado, para el conflicto de intereses planteado, el de la responsabilidad extracontractual; en cambio, M. PASQUAU es partidario del régimen de la responsabilidad contractual.

Asimismo se discute, si el vendedor no anunciante (esto es, el comerciante) responde del contenido de la publicidad: A.M. MORALES se inclina por la negativa (lo cual no impide que el comprador cuente con otros remedios como las acciones edilicias, la de error, la de dolo y la de culpa in contrahendo), y M. PASQUAU, por la afirmativa [A.M. MORALES "Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGDCU)" en "Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo", vol. VIII, pp. 667-693; M. PASQUAU comentario al art. 8.1 y 2 LGDCU, en "Comentarios LGDCU" (1992), pp. 139-175].

totalmente encajables en la clasificación compraventa específica y genérica, en cuanto que hay otros datos a valorar jurídicamente, justificando éstos la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC.

**B.2. La insatisfactoria distinción jurisprudencial entre el supuesto del incumplimiento y el de los vicios ocultos.**

[135].- Hemos visto que el Tribunal Supremo insiste en que el supuesto del incumplimiento no puede confundirse con el de los vicios ocultos. Sin embargo, hemos de contradecir esta afirmación jurisprudencial, basándonos, en que el criterio que el Tribunal Supremo emplea para calificar un caso de incumplimiento (la inhabilidad de la cosa), no es un criterio que permita establecer una línea divisoria entre éste y los vicios ocultos: porque el criterio identificador del incumplimiento es el mismo que el que el legislador emplea a la hora de definir los vicios ocultos. Sabemos que, según el art. 1484 CC, hay vicio si el defecto hace a la cosa "impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso (...)" (612).

---

612) De la misma opinión parece ser PRATS ALBENTOSA: "Con este criterio [el del *aliud pro alio* por inhabilidad] se consideran hipótesis de incumplimiento tanto los casos en que se presentan defectos de calidad o vicios en el objeto entregado por el deudor, como, en general, todos los supuestos de entrega no conforme, dado que el criterio finalista de distinción es el mismo que se utiliza en el artículo 1484 del Código civil para describir la prestación dolente de un vicio oculto o de un defecto de calidad" ["La entrega de cosa diversa a la pactada (*'aliud pro alio'*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y de 28 de enero de 1992)", RGD, (1992), n.º 573, p. 5095].

Por otro lado, la diferencia jurisprudencial entre uno y otro supuesto (incumplimiento y vicios), tampoco está en el criterio que determina la inutilidad jurídicamente relevante. La jurisprudencia, en relación al incumplimiento, y el legislador, en relación a los vicios ocultos, admiten, tanto el criterio objetivo del tráfico, cuanto el subjetivo de lo que se incorporó al contrato (613). Y tampoco da relevancia el Tribunal Supremo, al carácter aparente u oculto de la anomalía de la cosa, que algunos autores sí defienden como aspecto diferencial (614).

Este ensachamiento del campo de aplicación del art. 1124 CC --en cuanto que abarca el supuesto de los vicios ocultos de los arts. 1484 y ss CC-- se traduce, en que a un mismo caso puede calificársele simultáneamente de incumplimiento y de vicios ocultos. Es decir, una y otra figura jurídica comparten un común campo de aplicación (615). Por todo ello, entendemos que la afirmación jurisprudencial, de que no es posible confundir el supuesto del incumplimiento con el de los vicios ocultos, se

---

613) En relación al incumplimiento, cfr. supra, el n.ºm. 130, y para los vicios ocultos, supra, los n.ºm. 125 y 126.

614) En este sentido, recuérdese, por ejemplo, la tesis de R. Bercovitz (supra, n.ºm. 100), y la de Rubio Garrido (supra, n.ºm. 102).

615) Implícitamente parece hacerse eco de esa identificación la STS de 29 de diciembre de 1984: "entendiéndose por otra (aliud) la que no sirve en absoluto, independientemente de que ese aliud esté constituido, o mejor provocado, por lo que usualmente se califique como vicio o defecto, ya que lo determinante no es la deficiencia cualitativa o cuantitativa, sino la inutilidad, la frustración de la parte al recibir una cosa no constitutiva de la previsión causalizada del contrato" (cdo n.º 6).

queda en simples palabras (616). A su vez, esto nos lleva a

616) Así lo apuntamos en nuestro comentario a la STS de 20 de noviembre de 1991, en CCJC, n.º 28, (1992), pp. 30-31.

Es interesante conocer la evolución sufrida por el Tribunal de Casación francés, sobre la relación de la garantía por vicios ocultos y el incumplimiento, en cuanto que, en cierto modo, recuerda la de nuestro Tribunal Supremo. En la casación francesa, GHESTIN distingue dos etapas: la que va hasta 1983, y la posterior.

a) En la que va hasta 1983, el Tribunal de Casación francés suele operar con una noción "conceptual" de la garantía por vicios ocultos, según la cual el defecto que hace a la cosa inapta, consiste en una alteración o en un deterioro. Esta noción permite diferenciar el campo de aplicación de la garantía por vicios ocultos, del incumplimiento ("no conformidad" en sentido estricto). De esta forma, las condiciones de ejercicio de ambas acciones no pueden simultáneamente reunirse: una acción excluya a la otra.

Sin embargo, GHESTIN señala que así es como "razona aparentemente el Tribunal de casación. La manera con la que utiliza el criterio conceptual del defecto conduce evidentemente a dudar de su adecuación para definir como dos campos distintos, a la garantía y a la no conformidad" (p. 836). Afirma, un poco más abajo, que "la distinción entre una alteración, un deterioro del producto y la ausencia de una cualidad prometida parece conducir al Tribunal de casación a soluciones contradictorias, y, es necesario decirlo, bastante arbitrarias, en la medida en que los mismos perjuicios relativos a la conformidad pueden ser considerados, según las necesidades de la causa, como defectos o no" (p. 836).

b) En la etapa posterior a 1983, GHESTIN diferencia dos corrientes jurisprudenciales.

Una mayoritaria, que sistemáticamente descarta la aplicación de la garantía por vicios ocultos, en base a un concepto amplio de la noción de incumplimiento. GHESTIN indica que "para la Primera Cámara civil la obligación de dar comporta, al lado de la obligación de entrega, la de dar una cosa conforme a su destino normal o contractual. La una y la otra justifican, en caso de inejecución, la resolución del contrato o la indemnización de daños. Importa poco que el defecto de conformidad pueda o no constituir un vicio en el sentido de los artículos 1641 y siguientes del Código civil. La acción resolutoria o la de reparación fundada sobre la inejecución de la obligación de dar una cosa conforme a su destino puede siempre ser ejercitada y no está sometida al breve plazo de la garantía legal o a aquél de la garantía contractual" (p. 842).

La otra corriente es sostenida por la Tercera Cámara de lo civil, y defiende la aplicación preferente de la garantía por vicios ocultos [J. GHESTIN "Traité des contrats. La vente", (1990), n.º 769-776, pp. 831-843; también "Conformité et Garanties dans la vente. (Produits mobiliers)", (1983), n.º 214-217, pp. 204-210].

Adviértase, que estos problemas de deslinde entre los vicios ocultos y el incumplimiento ocurren en un ordenamiento, el francés, en el que no existe la rigidez existente en el nuestro, en cuanto al plazo de ejercicio de las acciones edilicias.

plantearnos la cuestión de la posible inseguridad jurídica, en que pueden encontrarse vendedores y compradores por la incertidumbre en la calificación jurisprudencial del caso. Pero esto constituye el objeto de nuestra tercera observación crítica, a cuya exposición nos remitimos (617).

**Incumplimiento por inhabilidad de la cosa y transformación de la responsabilidad contractual.**

[136].- El que hemos denominado incumplimiento por inhabilidad de la cosa se inserta en la transformación, que la responsabilidad contractual está actualmente sufriendo. A modo de simples reflexiones, se constata, a través de la presente modalidad de incumplimiento: a) cómo la jurisprudencia ha ido progresivamente identificando y ampliando los casos que permiten la resolución contractual, y b) la existencia de una tendencia a la objetivación de los remedios por incumplimiento.

a) El Tribunal Supremo ha delimitado una serie de casos, que encajan en la expresión legal, "para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe", del art. 1124.I CC.

Desde luego, el primero es aquél en que el deudor no realiza ninguna actividad dirigida al cumplimiento. Esto es, no lleva a cabo el dar, hacer o no hacer, a que se obligó en virtud del contrato (art. 1088 CC). Pero, junto a este caso, de no cumplimiento sin más,

---

El art. 1648.I C.c. francés dice: "la acción resultante de los vicios redhibitorios debe ser intentada por el adquirente, en un breve plazo, según la naturaleza de los vicios redhibitorios y el uso del lugar en donde la venta ha sido hecha". Por lo que respecta al momento del inicio del cómputo del plazo, la jurisprudencia francesa suele fijarlo, a partir de que el comprador descubre el defecto (HUET, n.º 383, p. 276; en general los n.º 381-393, pp. 275-281). En cuanto a la duración del "breve plazo", éste normalmente oscila, de acuerdo a la jurisprudencia, entre los seis meses y el año; no obstante, en algunas ocasiones ha llegado a abarcar, incluso, años [n.º 394-406, pp. 284-289, HUET, "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987)].

617) Infra, n.ºm. 137 y ss.



el Tribunal Supremo también admite la aplicación del art. 1124.I CC, al cumplimiento inexacto o defectuoso.

Un interesante ejemplo de cumplimiento defectuoso lo ofrece, a propósito de nuestra investigación, la STS de 29 de enero de 1983. El vendedor, recurrente en casación, alegó, entre otros motivos, la aplicación indebida del art. 1124 CC, puesto que ese artículo sólo "atiende al incumplimiento pleno". El Tribunal Supremo, en cambio, afirmó ser correcta la aplicación del art. 1124 CC, en casos de "incumplimiento relativo" o "inexacto"; añadiendo, que ello además es conforme con el art. 3 CC, que impone interpretar las normas de acuerdo a la realidad social del momento en que se aplican (618).

Finalmente, advertimos que el Tribunal Supremo ha identificado un tercer grupo de casos, subsumible

---

618) Textualmente: "B) Por la inexacta afirmación en él hecha de que la acción del citado artículo mil ciento veinticuatro del Código civil atiende únicamente al incumplimiento pleno, o sea, a aquél en que el acreedor no recibió nada o rechaza inmediatamente, interpretación personalísima del recurrente que contrata [sic] con la siempre más objetiva del Tribunal sentenciador, dada la posibilidad de un 'incumplimiento relativo' o 'inexacto' admitida por esta Sala (véase sentencia de diez de noviembre de mil novecientos ochenta y uno), y perfectamente adecuada al principio hermenéutico que se contiene en el artículo tercero, del Código civil e impone en la interpretación de la norma una acomodación a la realidad social del momento histórico en que la misma ha de ser aplicada, principio de evidente interés y trascendencia en materia tan compleja como es actualmente la contractual" (cdo n.º 2).

Es de advertir que esta sentencia no estima una acción resolutoria, sino una de cumplimiento, lo que entra en la línea, a la que nos tiene acostumbrados el Tribunal Supremo, de conectar la acción de cumplimiento ('in natura' o por equivalente), con el art. 1124 CC. Si hemos traído a colación la STS de 29 de enero de 1983, es porque destaca, que la interpretación del art. 1124 CC puede verse sometida a cambios. Ahora bien, a nuestro entender, la única acción que el art. 1124 reconoce es la resolutoria, puesto que la de cumplimiento y la de indemnización están previstas, respectivamente, en los arts. 1096 (obligación de dar) y 1101 CC. El párrafo segundo del art. 1124 CC se limita a señalar, cómo operan las acciones de cumplimiento y resolutoria (alternatividad e 'ius variandi'), y la indemnizatoria (posible acumulación).

Admite que el "cumplimiento defectuoso" o la "prestación defectuosa" pueden dar lugar a la resolución parcial del contrato, apoyándose en el art. 1124 CC, la STS de 19 de enero de 1983, que cita a la 24 de abril de 1951, interesante por las afirmaciones que hace a propósito de la resolución parcial. Asimismo admite la resolución parcial del contrato la STS de 9 de noviembre de 1959.

en el art. 1124.I CC: el del incumplimiento por inhabilidad de la cosa entregada.

b) De un tiempo para acá la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece ir a la objetivación de la responsabilidad. Advirtamos que empleamos la palabra responsabilidad en sentido amplio.

Por ejemplo, en el campo de la responsabilidad extracontractual existe ya una sólida línea jurisprudencial, que bajo la no ruptura formal con el principio de la responsabilidad por culpa de los arts. 1902 y ss CC, materialmente lo limita bastante (responsabilidad "cuasiobjetiva"), empleando, entre otros expedientes, el de la inversión de la carga de la prueba de la culpa del causante del daño (<sup>619</sup>), y el de la elevación de las cotas de diligencia exigible a unos niveles en los que, prácticamente, todo daño causado resulta imputable al sujeto que lo causó (<sup>620</sup>).

En el campo de la responsabilidad contractual, apreciamos parecida tendencia objetivadora en la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad.

Cuando el Tribunal Supremo califica el caso de incumplimiento, a consecuencia de la inutilidad de la cosa, no tiene en cuenta la posible culpabilidad del vendedor (<sup>621</sup>). Las únicas excepciones que hemos loca-

---

619) De este expediente, el propio Tribunal Supremo excepciona algunos casos. Por ejemplo, si el causante del daño es un médico y dicho daño entra dentro del normal ámbito de actuación, la víctima ha de probar, que aquél actuó con dolo o negligencia. Entre otras, las SS TS de 13 de julio de 1987; 16 de octubre de 1989; 12 de febrero y 24 de mayo de 1990; 22 de febrero de 1991; en contra la STS de 17 de junio de 1989.

620) Una mayor información sobre esta peculiar "objetivación" de la responsabilidad extracontractual del CC, en CAVANILLAS MUGICA "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", (1987), especialmente los capítulos primero y segundo, pero en general consúltese toda la obra.

621) Entre otras SS TS, por ejemplo, las siguientes, que no aluden en ningún momento a criterios de culpa o negligencia: 23 de marzo de 1982 (indemnización); 29 de enero de 1983 (reparación); 10 de junio de 1983 (cumplimiento e indemnización); 14 de diciembre de 1983 (resolución e indemnización); 20 de febrero de 1984 (resolución e indemnización); 20 de octubre de 1984 (indemnización); 22 de octubre de 1984 (indemnización); 29 de diciembre de 1984 (resolución); 6 de marzo de 1985 (indemnización); 15 de julio de 1987 (resolución e indemnización); 7 de enero de 1988 (resolución e indemnización); 8 de marzo de 1989 (resolución e indemnización); 1 de marzo de 1991 (indemnización).

lizado, son las SS TS de 20 de diciembre de 1977 (622) y de 3 de abril de 1981 (623) para la acción resolutoria (624), y la de 19 de diciembre de 1984, para la

622) STS de 20 de diciembre de 1977: "para que la acción resolutoria implícita establecida por el párr. 1.º del art. 1124 del C.Civ., pueda prosperar es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: (...); Cuarto. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde del demandado o de un hecho obstativo de éste que, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable le origine (...), actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante" (cdo n.º 2).

623) STS de 3 de abril de 1981: "(...) la Sala de instancia aplicó correctamente el art. 1124 del Código sustantivo, visto (...) la contundente actitud rebelde de la empresa demandada que desoyó las reiteradas reclamaciones contrarias, circunstancias que son las que la reiterada doctrina de esta Sala exige, para que la resolución contractual de la compraventa pueda operar" (cdo n.º 2).

624) Obsérvese que ambas sentencias, 20 de diciembre de 1977 y 3 de abril de 1981 (notas n.º 622 y 623, respectivamente), aluden al conocido requisito jurisprudencial de la voluntad rebelde al cumplimiento del deudor (vendedor). Una interpretación literal de esta expresión conduce a pensar en un deudor doloso. Sin embargo, ya en 1969, DIEZ-PICAZO precisó los límites en que tal expresión había de entenderse. Decía: "Las cosas, sin embargo, probablemente son mucho más sencillas. La máxima jurisprudencial que viene exigiendo reiteradamente que en el incumplimiento resolutorio se patentice 'una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido', no puede, ni debe ser entendida de manera literal. Probablemente, colocada en el concreto marco donde nació no enunciaba una exigencia positiva, sino que trataba de formular o de englobar casos en que la acción de resolución debía ser desestimada. Esto se comprueba buscando sus orígenes. Hasta donde es posible establecerlo con una cierta exactitud, puede decirse que la idea de la 'voluntad deliberadamente rebelde' aparece por primera vez en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, y viene a remozar la afirmación anterior, según la cual el incumplimiento debe ser arbitrario y no de buena fe" ["El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", ADC, (1969), p. 391].

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo, recientemente, ha precisado el alcance de la expresión voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Señala que no requiere, en el deudor, una específica intencionalidad de no cumplir, sino que basta que el incumplimiento haya frustrado las legítimas expectativas del acreedor o el fin del contrato, y ello, aunque todavía sea posible el cumplimiento material. La STS de 18 de noviembre de 1983 es un claro ejemplo de la matización a la que

acción indemnizatoria (625). Este hecho --la indife-

aludimos. Afirma: "tampoco se puede llevar a extremos insostenibles la expresión tantas veces utilizada de 'voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir', que conduciría en buena lógica a la conclusión de exigir 'dolo' cuasi penal y a la consecuencia de admitir la posibilidad también racional de calificar ese comportamiento contractual como engañoso, defraudatorio, delictivo, sino que hay que matizar esa exigencia de culpa rayana en dolo y concluir que lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de frustrar la legítima expectativa de la parte incumplidora en cuanto al fin del contrato insito en la causa" (cdo n.º 4).

JORDANO FRAGA señala que a esta STS de 18 de noviembre de 1983 puede añadirse, por ejemplo, la STS de 4 de marzo de 1986, afirmando a continuación: "Pues bien, es en este momento, en que se consolida, en el ámbito general del artículo 1124 Cc., una línea jurisprudencial crítica hacia/superadora de la 'voluntad rebelde' del incumplidor". Constatado el cambio jurisprudencial, el autor se plantea cuales son los criterios decisores, que están detrás de aquella expresión, llegando a la conclusión de que el mencionado cambio sólo lo es en la manera con que nuestro Tribunal Supremo se expresa, puesto que sigue manteniendo idéntica doctrina jurisprudencial. En palabras del autor: "la 'voluntad rebelde', como tal, no ha sido nunca -- tampoco para las sentencias que aparentemente la invocaban-- un verdadero requisito de la resolución del incumplimiento" (p. 83). Limitándose su estudio al art. 1504 CC, pero extendiendo sus conclusiones hipóticamente al art. 1124 CC, JORDANO FRAGA afirma que la 'voluntad rebelde' escondería la ausencia de otros requisitos, que en el caso concreto justifican que el Tribunal Supremo niegue la resolución del contrato, como que el incumplimiento no es imputable al deudor; que no se trata de un incumplimiento grave; que el ejercicio de la acción resolutoria es contraria a las exigencias de la buena fe; que quien pretende la resolución no ha cumplido sus obligaciones; que no había incumplimiento [pp. 85-166; "La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 del Código civil", (1992), pp. 76-77; véanse también las pp. 80-82 en donde hace un balance global de esta nueva orientación jurisprudencial].

Se hacen eco de la precisión del Tribunal Supremo sobre el alcance de la "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", entre otros: REBOLLEDO VARELA en su comentario a la STS de 9 de junio de 1986, en CCJC n.º 11, (1986), pp. 3746-3749; RODRIGUEZ GARCIA, "Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", LL, (1992-4), pp. 1129-1134; DIEZ-PICAZO "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", (1993), pp. 716-718.

En nuestra opinión, con esta matización, el Tribunal Supremo únicamente quiere destacar que para resolver el contrato, no se requiere un comportamiento doloso del deudor, sino que cabe, también, por ejemplo, un incumplimiento negligente. Esto tiene su causa, creemos, en que en diversas ocasiones, el deudor niega la resolución del contrato, en base a que



rencia del Tribunal Supremo al posible comportamiento culposo del vendedor para aplicar un remedio surgido del incumplimiento-- podemos interpretarlo de dos diferentes formas.

Podemos entender, que en el campo de la responsabilidad contractual, el Tribunal Supremo sostiene una

---

voluntad deliberadamente rebelde (dolosa) al cumplimiento. Adviértase también, que el Tribunal Supremo maneja en esta doctrina jurisprudencial una idea que hemos encontrado en la del incumplimiento por inhabilidad de la cosa: el que, consecuencia del incumplimiento, el fin del contrato no se ha alcanzado. Esta alusión apunta hacia un funcionamiento objetivo de la acción resolutoria.

La cuestión de si la acción resolutoria opera para el Tribunal Supremo según criterios subjetivos u objetivos, se ha planteado más directamente con la otra justificación jurisprudencial de la resolución: la de existencia de un "hecho obstativo" que de modo absoluto impide el cumplimiento (cfr. vgr. la STS de 20 de diciembre de 1977). Estando más o menos de acuerdo en lo que puede ser un hecho obstativo, el problema es determinar si sólo permite la resolución el hecho obstativo que afectó al deudor por su culpa, o además, aquél que le afectó sin culpa suya (carácter objetivo). El Tribunal Supremo no cuenta con una doctrina clara, aunque parece admitir la segunda posibilidad. De todas formas, y sólo hemos de apuntarlo, la presente cuestión se complica en el contrato de compraventa, porque en él suele señalarse que opera la regla 'periculum est emptoris', que implica consecuencias contrarias a la resolución del contrato. Dadas las rigurosas consecuencias, que conlleva la aplicación de tal regla, diversos autores han intentado en base a la historia y a la interpretación de los textos del Código civil, precisar a partir de qué momento y en qué casos opera el 'periculum est emptoris' [en este sentido es interesante el trabajo de PINTO RUIZ "Resolución del contrato y la regla 'periculum est emptoris'", RJC, (1975), pp. 693 ss; COSSIO "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas", ADC, (1953), pp. 597; con carácter más amplio, ALONSO PEREZ "El riesgo en el contrato de compraventa", (1972)].

625) STS de 19 de diciembre de 1984: "Para la entrada en juego del citado artículo mil ciento uno, únicamente se requieren: la existencia de una relación contractual entre las partes (...); un resultado dañoso claro (...); la existencia de culpa por una de las partes, en este caso de Resintex S.A. en cuanto 'no puede negarse ni el origen de los tejidos empleados por Manufacturas Cauca S.A. ni la causa de su pésimo resultado, que no es otra que un error en el proceso de fabricación que sólo puede achacarse a la producción, circunstancia que ni siquiera ha intentado combatirse por la parte actora, quien se ha limitado a discutir sus responsabilidades como vendedor'" (cdo n.º 6).

inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor. Lo cual significa que, situados en el proceso, al acreedor (comprador) le basta con probar que el deudor (vendedor) incumplió, correspondiendo a éste la prueba de que no fue culpable, o que hubo un caso fortuito, no imputable, que justifica su incumplimiento y paraliza la pretensión del acreedor (626).

626) La doctrina suele admitir, por extensión del art. 1183 CC, que en la responsabilidad contractual opera la inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor. No obstante, hay autores que discrepan. Es el caso, por ejemplo, de PANTALEON PRIETO, cuyas palabras están referidas a la acción indemnizatoria: "Del artículo 1183 CC (...) no puede extraerse la regla de que, en todo caso, corresponderá al deudor que quiera no responder la prueba del caso fortuito" ["El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991), p. 1045]. Igualmente, DIEZ-PICAZO, en "Fundamentos-II. Las relaciones obligatorias", pp. 606-607.

En otro sentido, disiente también MORALES, para quien esa inversión de la carga de la prueba de la culpa se localiza en el art. 1101 CC. Dice: "El artículo 1101 está pensando en el proceso, y permite al acreedor insatisfecho utilizar todos estos criterios. El acreedor puede exigir responsabilidad al deudor, bien demostrando la culpabilidad de éste, o bien aduciendo que no ha realizado lo que, según el tenor de la obligación, le correspondía (dar, hacer o no hacer). En este caso será el deudor el que debe demostrar la existencia de causa que pueda justificar su exoneración: que su incumplimiento es debido a un acontecimiento fortuito que excluye su culpabilidad. Esto le exonera de responsabilidad, con tal de que en el caso concreto no le sea imputable por alguna razón ese riesgo (art. 1105)" ["El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", ADC, (1983), nota n.º 28, p. 1540].

En cambio, la STS de 23 de octubre de 1990 va más allá de la simple presunción de culpa, en la interpretación del art. 1101 CC, y habla de una cuarta causa de imputación de responsabilidad: La de la "contravención de cualquier modo de la obligación". El caso trató de la cesión de un terreno, por el Ayuntamiento de Barcelona, a una empresa, a cambio de cierta cantidad de dinero. Una segunda empresa se subrogó en los derechos de la primera. El Ayuntamiento concedió licencia de construcción sobre la parcela, suspendiéndola después, definitivamente, porque el Plan Metropolitano había cambiado, recuperando la parcela su naturaleza de vía pública. La segunda empresa hubo de paralizar las obras, y ante ello, demandó al Ayuntamiento, con la súplica, de carácter subsidiario, de la declaración de resolución del negocio e indemnización. La primera y la segunda instancia estimaron en parte la demanda. El Tribunal Supremo estimó, en parte, el recurso interpuesto por el Ayuntamiento: Negó que fuera indemnizable la pérdida del beneficio de la edificabilidad y confirmó el resto de las partidas solicitadas por la empresa demandante. Textualmente: "sin precisar recurrir a los expedientes de desaparición de la base del negocio o alteración básica de las circunstancias de partida, habrá de atraerse, como fundamento de aquel resarcimiento, la cuarta causa de ese artículo 1101 o 'contravención de cualquier modo

La otra interpretación supone ir más allá de la simple presunción de culpa del vendedor, y entender que la doctrina del Tribunal Supremo consiste, en que aquél asume las consecuencias de que la cosa entregada adolezca de anomalías cualitativas. Es decir, es irrelevante que tales anomalías tengan origen en un comportamiento culpable del vendedor. Se trataría de una responsabilidad objetiva. Esta segunda posible interpretación la defiende, por ejemplo, A. Carrasco cuando señala que el Tribunal Supremo aplica acumulativamente los arts. 1101 y 1124, y, los 1484 y ss CC (627).

de [sic] tenor de la obligación', en el bien entendido que si ello explica la atribución de la correspondiente responsabilidad económica a la indemnización por los gastos cuantificados por la obra ya adjudicada, no obstante, no es posible proyectar esa condena en las probables expectativas económicas que se habrían de producir si se hubiera culminado la obra --en concreto la partida referenciada por la sentencia recurrida de 'pérdida de edificabilidad'" (FD n.º 3).

Esta sentencia es criticada duramente por JORDANO FRAGA, que la comenta en CCJC n.º 24, (1990), pp. 1097-1114. Dice así: "el TS (...) ha tenido que improvisar un pseudofundamento indemnizatorio, sobre la base, del sentido común, de difusas consideraciones de causalidad del daño (...), y, finalmente, sobre la base de una dislocada interpretación del artículo 1101 CC y de la mención en él de 'cualquier modo de contravenir la obligación' (FD 3º). Dislocada, porque el artículo 1101 se lee, a los efectos de establecer la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, indisociablemente con el artículo 1105: el deudor responde (legalmente) de cualquier contravención de su obligación, siempre que ésta no obedezca a un caso fortuito, a un concreto evento sobrevenido y a él no imputable, que le imposibilite de cumplir o de cumplir exactamente" (op. cit., pp. 1112-1113).

627) Afirma CARRASCO: "Si en esta aplicación extralimitada de los artículos 1101 y 1124 queda algún margen de independencia para las acciones edilicias (derogadas en el Código civil por obra de la jurisprudencia) es precisamente el de suministrar un argumento en contra del principio de la culpa. Dado que el saneamiento 'no requiere culpa' del vendedor, el resultado conjunto que se consigue con la aplicación 'cumulativa' es el de reservar al régimen del saneamiento el fundamento de responsabilidad (no hace falta culpa) y a los arts. 1101 y 1124 las consecuencias jurídicas (pleno resarcimiento)" [A. CARRASCO en "Comentarios Edersa XV-1.º" p. 391].

ORTI, en cambio, sostiene que, cuando el Tribunal Supremo aplica la acción resolutoria del art. 1124 CC en los casos de entrega con "defectos de la cosa vendida", exige, a fin de que prospere, que se den dos requisitos: 1. Que el defecto sea grave, lo cual se constata según el "criterio de la función, uso o destino para el que fue adquirida la cosa"; y 2. "que el vendedor haya desatendido el o los requerimientos del comprador en que éste le haya instado a reparar el defecto, requisito que se acredita simplemente por la falta de respuesta positiva o por

A propósito de estas interpretaciones, hemos de decir que la segunda no resulta chocante a la doctrina, en relación a la acción resolutoria. Son cada vez más los autores que admiten que esta acción opera al margen de la culpa del deudor. El simple hecho del incumplimiento grave permite al acreedor desvincularse (628). Tampoco choca dicha interpretación en relación a la acción de cumplimiento (629).

Y en cuanto a la acción indemnizatoria, recordemos, que progresivamente va abriéndose paso la idea, de que esta acción no funciona, con carácter general, con criterios de culpa. Se admite, de modo más o menos amplio, que el deudor responde de los daños derivados del incumplimiento, pese a no ser culpable de él (630).

**B.3. El principio de la seguridad jurídica en las reclamaciones por las anomalías cualitativas de la cosa. El problema de la determinación de la causa "petendi", en el proceso civil.**

[137].- La exigencia de seguridad jurídica implica, entre otras cosas, que comprador y vendedor puedan predecir, en unos legítimos márgenes de posible variación, cuál pueda ser la respuesta del órgano judicial, ante la entrega de una cosa con anoma-

---

la simple inactividad del vendedor ante la denuncia del defecto" ["La protección", p. 403]. En referencia al segundo requisito, este autor había dicho, un poco antes y con base en la STS de 20 de diciembre de 1977 (recuérdese que esta sentencia la hemos citado en el texto con el carácter de excepción), que, "el T.S. sin quererse desprender de su tradicional criterio subjetivo de la voluntad deliberadamente rebelde da entrada a ésta su tradicional doctrina en el ámbito de la resolución por defectos, estimando que esa voluntad rebelde se acredita por el hecho de que el vendedor no atiende las reclamaciones del comprador" [op. cit., p. 398].

628) Cfr., supra, nota n.º 266.

629) PANTALEON PRIETO, ADC, (1991), pp. 1046-1047.

630) Cfr., supra, nota n.º 269.



lías cualitativas (631). Teniendo esto presente, es cuestionable, si el Tribunal Supremo respeta, o no, tal exigencia.

El problema surge, porque, en hipótesis, es posible que ante dos casos iguales, o ante dos casos que poseen una sustancial semejanza, el Tribunal Supremo estime en uno la pretensión del comprador, por calificarlo de incumplimiento, y la desestime en el otro, por calificarlo de vicios ocultos, y haber interpuesto el comprador la reclamación fuera del plazo de seis meses. Insistimos en que, en hipótesis, esto puede ocurrir y su razón de ser es clara: La doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa cubre el campo aplicativo de los vicios ocultos, no ofreciendo el Tribunal Supremo criterios materiales que permitan al intérprete discernir, qué determina que un caso sea supuesto de incumplimiento, y qué el que otro lo sea de vicios ocultos (632). A través del expediente de la calificación, el Tribunal Supremo puede resolver el caso con la solución que considere más equitativa, y de hecho, en ocasiones, existe la sensación de que se aplica la justicia

---

631) Recordemos que la CE vigente "garantiza" en su art. 9.3 la "seguridad jurídica". Sobre la misma afirma la STC de 21 de mayo de 1984: "la promoción de la seguridad jurídica que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable" (FJ n.º 4).

632) En este mismo sentido R. BERCOVITZ: "Es cierto que la jurisprudencia reconoce una y otra vez la dificultad que existe en deslindar (de acuerdo con ese criterio, que es el que adopta) entre un aliud pro alio y una cosa viciosa. Sin embargo, no ha intentado introducir elementos objetivos, aunque sólo sea con carácter orientador, que sirvan para superar la inseguridad e incluso las contradicciones que pueden derivar de decisiones estrictamente individuales" [en CCJC, n.º 8, (1985), p. 2476].

del caso concreto. En esta línea se manifiesta R. Bercovitz, quien afirma que la doctrina del incumplimiento por inhabilidad produce inseguridad jurídica (633).

De todas formas, y ya al margen de la exigencia de seguridad (634), advirtamos que los problemas que conlleva la califi-

633) Téngase presente la nota inmediatamente anterior a ésta, y además: "Mientras tanto convendría hacer algunas precisiones sobre la mencionada doctrina jurisprudencial con la intención de contribuir a paliar la inseguridad jurídica que puede producir con respecto a determinados casos" [R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 8, (1985), p. 2475]. Un poco más abajo, el presente autor pone el ejemplo siguiente: "En efecto, mientras esta Sentencia de 6 de marzo de 1985 considera que una entrega de parquet afectado de carcinoma constituye un caso de 'aliud pro alio', la ya citada de 12 de marzo de 1982 entiende que la entrega de parquet con exceso de humedad, determinante de grietas y abambiento no es un caso de incumplimiento de los artículos 1101 y 1124 del Código civil, sino de prestación defectuosa sometida al artículo 342 del Código de Comercio (es cierto que no se llegó a probar la existencia del mencionado defecto)" [op. cit., p. 2476]. Tras estas afirmaciones, R. BERCOVITZ menciona dos grupos de sentencias del Tribunal Supremo, en las que casos más o menos similares, unas veces, se califican como 'aliud pro alio', y otras, como vicios ocultos.

634) Estrechamente ligado a la exigencia de seguridad jurídica está el llamado principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El Tribunal Constitucional ha dicho que el principio de igualdad, del art. 14 CE, también vincula al poder judicial, lo que se traduce en que, ante casos sustancialmente iguales (término de comparación), procede aplicar las mismas normas, siempre que se trate del mismo órgano judicial. Sin embargo, esto no conduce a una petrificación del Derecho, puesto que el Tribunal Constitucional no consagra el respeto al precedente. El principio de igualdad en la aplicación de la ley no impide que el juez pueda, ante casos similares, variar su solución. Esto es, no evita que las líneas jurisprudenciales existentes, en el momento del enjuiciamiento del caso, se modifiquen. En cambio, dicho principio exige que la decisión judicial esté fundamentada, no entrando el Tribunal Constitucional en su valoración. Por ello, si éste estima el recurso de amparo, declarará la nulidad de la sentencia y remitirá los autos al Juez que enjuició el caso, con el fin de que emita otra sentencia, con la misma solución que la anulada, pero ya fundamentada, o con distinta, en el sentido de la alegada por el particular. En el fondo, y es el Tribunal Constitucional quien así lo afirma, con el principio de igualdad en la aplicación de la ley lo que se pretende es evitar la existencia de arbitrariedad [entre otras las SS TC de 14 de julio de 1979; 24 de enero de 1983; 21 de mayo de 1984 (RA 63 y 64); 21 de mayo de 1984; 28 de marzo de 1985; 14 de mayo de 1986; 21 de mayo de 1987; 12 de julio de 1988 (comenta-

cación judicial del caso no son exclusivos de nuestro tema de investigación --el de las anomalías cualitativas--, sino que estamos ante una problemática más amplia, consecuencia de nuestro sistema procesal civil.

Situándonos en éste, hemos de recordar, brevemente, que la identificación procesal de la acción se hace mediante los sujetos, el 'petitum' y la 'causa petendi', de forma que, si cambia cualquiera de estos tres elementos, nos encontramos ante otra acción, con las consecuencias que ello implica en aspectos tales, como la 'mutatio libelli', la congruencia, la 'litis pendencia' y la cosa juzgada (635).

El problema surge, porque la 'causa petendi' no es objeto de regulación en nuestro ordenamiento, y la doctrina procesal se encuentra dividida entre los partidarios de la teoría de la individualización y los de la teoría de la sustanciación. Según

---

da por R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 17, (1988), pp. 701-717; hemos de advertir que todas estas sentencias han resuelto sobre conflictos laborales, en cambio, la STC de 6 de octubre de 1989 trata de la aplicación del art. 31.1 LAU (comentada también por R. BERCOVITZ en CCJC n.º 21, (1989), pp. 915-929); asimismo véase: E. ROCA TRIAS, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", RJC, (1986), pp. 841-874; AAVV, coordinado por GAVARA DE CARA, "El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales. Práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)", RJC, (1992), pp. 423-449; con carácter más genérico, LOPEZ RODO, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RAP, n.º 100-102, (1983), pp. 331-345].

Entendemos que la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa no viola el principio de igualdad en la aplicación de la ley, puesto que cuenta con una fundamentación o razonamiento suficiente.

635) I. TAPIA FERNANDEZ "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal", (1992), p. 205.

la primera, la causa de pedir se determina, tanto por el conjunto de los hechos alegados (elemento fáctico), cuanto por el título o norma por la que se pide (elemento jurídico). De acuerdo a la segunda, sólo el conjunto de los hechos alegados determinan la 'causa petendi', siendo competencia del juez su subsunción en la oportuna regla jurídica (636). En cuanto al Tribunal Constitucional, éste parece no haber construido una doctrina clara (637). Como tampoco lo ha hecho el Tribunal Supremo que, si bien en la mayoría de sus sentencias sostiene que la 'causa petendi' sólo se integra por los hechos alegados, con lo que el juez es libre en la determinación de la norma aplicable, en otras ocasiones considera que la 'causa petendi' se conforma mediante los hechos alegados y la fundamentación jurídica aportada (638).

Este panorama, descrito con carácter general, lo encontramos reproducido en el campo de nuestro estudio. En las sentencias, que solucionan cuestiones relativas a las anomalías cualitativas de la cosa vendida, es frecuente que el recurrente en casación alegue incongruencia en la sentencia de instancia (art. 359 LEC). El Tribunal Supremo suele afirmar, que el órgano judicial está obligado a respetar la fundamentación fáctica

---

636) I. TAPIA FERNANDEZ "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal", (1992), pp. 209-210.

637) I. TAPIA FERNANDEZ "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal", (1992), pp. 211-214.

638) I. TAPIA FERNANDEZ "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal", (1992), pp. 214-226.

aportada en la demanda, pero no la fundamentación jurídica aducida, lo que se refleja en los aforismos 'iura novit curia' y 'da mihi factum, dabo tibi ius' (639). Pero en otras ocasiones,

639) Merece la pena reproducir parte de la STS de 19 de diciembre de 1984: "El Juzgador, lo que viene obligado a respetar son los supuestos fácticos proporcionados por las partes en sus escritos de alegaciones más no los elementos normativos que los mismos aleguen en apoyo de sus pretensiones, ya que al consistir la labor del Juez en valorar los datos de hecho y aplicar a los mismos las normas pertinentes, no se le exige actuar las mismas que las partes le ofrezcan, quedando en libertad de la motivación jurídica que estime procedente siempre que con ello la pretensión o pretensiones de los intervinientes en la litis no resulte alterada" (cdo n.º 3).

En idéntico sentido y siempre resolviendo cuestiones que afectan a nuestro tema de investigación, las SS TS de 9 de mayo y 21 de diciembre de 1981, 19 de enero de 1983, y 7 de abril de 1993.

Un interesante ejemplo, de la manera en que opera esta doctrina de la sustanciación, lo ofrece la STS de 3 de mayo de 1979. Los compradores demandaron a los vendedores, suplicando la rebaja del precio. Apoyaron su pretensión en los arts. 1484 y 1486 CC. El Juez de primera instancia estimó la demanda, pero basó su decisión en el último párrafo del art. 1469 CC, en relación con los arts. 1291.5º y 1299 CC. Frente a esto, el Tribunal Supremo, que también estimó la demanda de los compradores, entendió que el vendedor había cumplido defectuosamente, con lo que la norma aplicable era el art. 1101 CC. Adviértase, que en el fondo hay un problema de plazo de ejercicio de acciones.

Esta misma sentencia de 3 de mayo de 1979 es también interesante por los argumentos que da, justificadores de que el órgano judicial pueda variar la fundamentación jurídica. Dice el considerando n.º 5: "y cuya consecuencia, es decir la referida indemnización fue también lo efectivamente concedido por los Juzgadores de instancia en la parte dispositiva de sus resoluciones, aunque, como se dijo, variasen la fundamentación jurídica, con base no sólo en el principio general 'iura novit curia', sino asimismo en el hecho de que en el 'petitum' de la demanda inicial, se solicitaba su estimación por aplicación de los fundamentos alegados 'o de aquellos otros que el Juzgador estime más justos'; que igualmente autoriza a este Tribunal a su variación, en la forma que acaba de exponerse, manteniendo el fallo en su integridad".

Nótese, que la posibilidad de variar la fundamentación jurídica no la apoya la sentencia en una regla de Derecho procesal, sino en la propia voluntad del demandante, con lo que se evitan problemas, en la justificación de que el órgano judicial varíe la calificación. La cuestión es, que esa petición de "o aquellos otros que el Juzgador estime más oportunos", puede calificarse de simple petición de estilo, que permite, sin más, la intervención del órgano judicial, y que evidentemente, sigue sin solucionar las posibles situaciones de indefensión, en que puede caer el demandado.

el alto tribunal afirma, que el órgano judicial necesariamente debe respetar la fundamentación jurídica aportada por el demandante, porque, si no fuera así, la otra parte, la demandada, se encontraría en situación de indefensión (640).

Nótese, que las sentencias referentes a nuestro tema, constituyen un paradigmático ejemplo de las consecuencias que conlleva adoptar una u otra teoría, sobre el concepto de 'causa petendi' (641). Por otra parte, hemos de señalar, que, cuando

---

640) Es el caso de la STS de 7 de mayo de 1981: "el principio jurídico-procesal de la congruencia, recogido en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga a los órganos jurisdiccionales que han entendido en el conocimiento de dicha demanda (...), sino también a no separarse de las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes han sometido a su conocimiento, estándoles vedado alterar la causa de pedir transmutándola en otra distinta, porque haciéndolo, quedaría alguno o todos los contendientes sin la posibilidad de alegar y practicar prueba sobre los problemas no planteados, con la consiguiente indefensión, infringiéndose los aforismos 'sententia debet esse conformis libello' y 'ultra quod in iudicium deductum est, potestas iudicis excedere non potest'" (cdo n.º 1).

De todas formas y un poco más abajo, esta misma sentencia señala dos excepciones: una es, cuando se ejercitan al mismo tiempo acciones que no son incompatibles; la otra, cuando la demanda señala, que la pretensión se estime apoyándose, bien en los fundamentos alegados, bien en aquéllos otros que el juzgador considere "más justos". Esta última excepción la apoya, en la STS de 3 de marzo de 1979, cuya doctrina acabamos de citar en la nota, que inmediatamente precede a ésta.

En cuanto al debate jurídico de la STS de 7 de mayo de 1981, el comprador sólo había ejercitado la acción redhibitoria del art. 1486 CC, siendo su pretensión admitida en la primera instancia, y desestimada en la segunda, por considerar caducada la acción. Esta última decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo, haciendo las presentes reflexiones, a propósito del principio de la congruencia de las sentencias, recogido en el art. 359 LEC.

641) Frente al nuestro, en el Ordenamiento francés, el legislador ha especificado el papel que desempeñan las partes y el juez en el proceso civil. Las primeras tienen el monopolio en lo que concierne a la aportación de los hechos y de la prueba. El segundo tiene el deber de dar o restituir la exacta calificación de los hechos y actos litigiosos, sin pararse en la denominación que las partes hayan propuesto (art. 12. al. 2 NCPC). Esta obligación conlleva, que el juez ha de calificar los hechos, ante la ausencia de calificación por las partes, y

el Tribunal Supremo alude a la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, en general, acaba estimando la pretensión del comprador (642).

---

que debe recalificar los hechos alegados, si las partes lo hicieron erróneamente. Pero estas facultades judiciales cuentan con dos límites: uno es que el juez no puede enjuiciar hechos que no se encuentren en el debate (art. 7 NCPC); el otro, que las partes tienen la facultad de fijar mediante pacto expreso las calificaciones y puntos de derecho a los cuales se limita el debate, y ello, a condición de que tengan la libre disposición de los derechos sobre los que recae su convenio (art. 12 al. 4 CNPC) [F. BUSSY-DUNAUD "Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur", (1988), pp. 79-83 y 216-226].

642) Estiman la pretensión del comprador las SS TS de 1 de junio de 1982; 29 de enero, 10 de junio y 14 de diciembre de 1983; 20 de febrero, 20 y 22 de octubre, 19 y 29 de diciembre de 1984; 6 de marzo de 1985; 15 de julio y 26 de octubre de 1987; 7 de enero de 1988; 8 de marzo de 1989; 26 de octubre de 1990; 1 de marzo de 1991; 8 de abril de 1992; 7 y 12 de abril, y 7 de mayo de 1993.

No estiman la pretensión del comprador las SS TS de 15 de abril de 1987 y 6 de abril de 1989.

Estima la demanda del vendedor de pago del precio la STS de 14 de mayo de 1992.

6.3.3. El criterio funcional aplicado a la acción de responsabilidad por ruina del edificio del art. 1591.I CC.

A. Contenido.

[138].- El art. 1591.I CC es, como ya señalamos (643), otra norma en cuya aplicación el Tribunal Supremo tiene presente el criterio de la inutilidad de la cosa.

Limitándose nuestra investigación al contrato de compraventa, puede resultar chocante, en principio, el que nos ocupemos de este artículo (644), situado en el contrato de obra. Es conveniente, por tanto, comenzar por justificar su exposición.

---

643) Cfr., supra, n.ºm. 124.

644) La importancia práctica del art. 1591.I CC le ha hecho objeto de especial atención, por parte de la doctrina. Sin pretensiones de exhaustividad: CABANILLAS SANCHEZ "La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal. (Comentario de la sentencia del TS de 1 de abril de 1977)", ADC, (1978), pp. 667 ss; "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos. (Comentario a la sentencia del TS de 9 de marzo de 1981)", ADC, (1982), pp. 878 ss; "La configuración jurisprudencial del promotor como garante", ADC, (1990), pp. 227 ss; "La evolución de las responsabilidades en la construcción", en "Centenario CC-I", pp. 351 ss; "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de 'lex artis' y la carga de la prueba. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)", ADC, (1991), pp. 914 ss; CADARSO PALAU "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores", (1976); GARCIA CANTERO "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil", ADC, (1963), pp. 1053 ss; GOMEZ DE LA ESCALERA "La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción", 2.ª ed., (1993); HERRERA CATENA "Responsabilidades en la construcción", tomo I, (1983); MORALES MORENO, ADC, (1982), pp. 677 ss; MUÑOZ DE DIOS "Artículo 1591 del Código civil: Ruina en la construcción. Responsabilidad y legitimación activa para exigirla", LL, (1990-1), pp. 1081-1089; ORTI "La protección", pp. 157 ss; RUBIO SAN ROMAN "La responsabilidad en la construcción", (1987), y, "La reforma del artículo 1591 del Código Civil", AC, (1987-1), pp. 337-350; SALVADOR CODERCH, comentario al art. 1591 CC, en "Comentario CC-II", pp. 1189-1196; F.J. SANCHEZ CALERO "El contrato de obra. Su cumplimiento", (1978).



### A.1. Justificación del estudio y esquema a seguir.

[139].- La justificación es simple. Pese a tratarse de una norma, que regula la acción que tiene el comitente contra el contratista, en el contrato de obra, por ruina del edificio, el Tribunal Supremo la aplica a las compraventas realizadas por el promotor. Admite que, por aplicación de ese artículo, también tienen legitimación activa los compradores de pisos y locales de comercio frente al promotor del inmueble que se los ha vendido (645).

645) La anterior afirmación, de que puede ser chocante que el comprador de un piso esté legitimado para ejercitar la acción de ruina del art. 1591.I CC, presupone, necesariamente, que este artículo contempla un supuesto de responsabilidad contractual: La del contratista frente al comitente. Pero, si bien la naturaleza contractual es defendida por un importante sector de la doctrina, otros autores entienden que la responsabilidad por ruina del art. 1591.I CC tiene carácter extracontractual, y otros, incluso, que es de carácter legal. Lógicamente, si se admiten estas otras naturalezas (sobre todo la extracontractual), no es chocante, que el propietario del inmueble esté legitimado para accionar contra la persona que lo construyó. Se trata de un tercero legitimado, en base a que ha sufrido el daño de la ruina.

GARCIA CANTERO, por ejemplo, defiende el carácter extracontractual de la acción por ruina del art. 1591.I CC, ofreciendo una serie de argumentos, como la letra del artículo, los precedentes históricos y el Derecho comparado; también, que esa naturaleza permite una interpretación coordinada de los arts. 1591 y 1909 CC, así como, que resuelve mejor los intereses en conflicto [ADC, (1963), pp. 1091-1095 y 1097].

Una visión general sobre el estado de la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.I CC, tanto en la doctrina, cuanto en la jurisprudencia, en GOMEZ DE LA ESCALERA, "La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción. (Estudio del artículo 1591 del Código Civil y su problemática actual)", 2.ª ed., (1993), pp. 65-74; las 74-82, para su opinión.

En cambio, en otros Ordenamientos de nuestro entorno, el legislador ha señalado, expresamente, la legitimación activa de los compradores de pisos y locales de comercio. Es el caso de Francia, cuyo art. 1792 C.c. francés, redactado por la Ley n.º 78-12 de 4 de enero de 1978, dice, que "todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho, frente al dueño o adquirente de la obra (...) [ver asimismo el art. 1792-1]. También

En la exposición de esta materia, es oportuno empezar recordando, muy brevemente, los dos expedientes que el Tribunal Supremo emplea para justificar la aplicación de la acción de ruina del art. 1591.I CC al contrato de compraventa. De inmediato, pasamos a desarrollar cómo el Tribunal Supremo ha ido identificando el concepto de ruina con el de inutilidad del inmueble (la llamada ruina funcional). Finalmente, destacamos la afirmación jurisprudencial, de que el supuesto de ruina funcional no puede confundirse con el de los vicios ocultos.

#### **A.2. La equiparación del vendedor-promotor al constructor del inmueble.**

[140].- De todos es sabido que el término promotor no fue conocido por el Código civil. El Tribunal Supremo lo caracteriza como aquel sujeto que es propietario del solar y de la edificación realizada sobre él, que, asimismo, es el vendedor de los diferentes pisos, locales de comercio y plazas de garaje de que consta el edificio, y que, por último, resulta ser el beneficiario del complejo negocio jurídico de la construcción (646).

el de Italia, cuyo art. 1669 CC ital. 1942 preceptúa "si (...) la obra, por vicio del suelo o por defecto de la construcción, se arruina en todo o en parte, o presenta evidente peligro de ruina o graves defectos, el contratista es responsable frente al comitente y sus causahabientes (...)"

646) El Tribunal Supremo contrapone este promotor, al "simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas para sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes, una derrama del costo de la producción" (STS de 1 de octubre de 1991, FD n.º 1).

La relevancia de distinguir este "promotor-mediador" consiste, en que la equiparación jurisprudencial del promotor al constructor, "sólo quiebra en aquellos supuestos de la existen-

Teniendo presente tales características, el Tribunal Supremo considera que el promotor tiene la condición jurídica de constructor ("se le equipara"), y de aquí que responda con la responsabilidad propia de todo constructor, fundada en el art. 1591.I CC.

En alguna que otra ocasión, el Tribunal Supremo aclara que tal equiparación es fruto de aplicar la analogía del art. 4 CC; resaltando, asimismo, la necesidad impuesta por el art. 3.1 CC de adaptar a la realidad social la interpretación de las normas. De todas formas, y aunque el Tribunal Supremo no lo diga, lo cierto es que opera mediante una ficción. Adviértase que el promotor, unas veces, es el constructor del inmueble; otras, encarga a otra persona la construcción (contrato de obra); y otras, encomienda dicha construcción a diferentes gremios de la construcción (distintos contratos de obra y servicios), encargándose de su coordinación. En todos estos casos, puesto que el Tribunal Supremo no distingue, el promotor es equiparado al constructor (647).

---

cia de la figura que hemos llamado promotor-mediador, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del promotor-constructor, sustrayéndolo del ámbito de aplicación del tantas veces citado art. 1591 del Código Civil" (FD n.º 2).

Esta doctrina es recogida por la STS de 8 de junio de 1992.

Sobre la configuración de la obligación del promotor como obligación de resultado, CABANILLAS SANCHEZ, "Las obligaciones de actividad y de resultado", (1993), pp. 90-94.

647) Entre otras, las SS TS de 11, 17 y 28 de octubre de 1974; 8 de noviembre de 1978; 1 de marzo y 13 de junio de 1984 [comentada por R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 6, (1984), pp. 1841-1854]; 11 de febrero y 20 de junio de 1985; 29 de junio [comentada por R. BERCOVITZ en CCJC, n.º 14, pp. 4711-4720] y 27 de octubre de 1987; 22 de febrero de 1988; 19 de diciembre de 1989; 12 de diciembre de 1990; 30 de julio de 1991; 22 de marzo de 1993.

El Tribunal Supremo también señala que la responsabilidad del promotor frente a los que de él adquieren los pisos y locales, no prejuzga el desenvolvimiento de las relaciones internas entre él y el constructor (arquitecto, aparejador, etc), reconociéndosele una acción de regreso contra quien resulte ser el verdadero causante de la ruina del edificio.

**A.3. La legitimación activa de los adquirentes de pisos y locales de comercio, contra el constructor y demás intervinientes en la obra.**

[141].- Como acabamos de ver, el promotor puede haber construido el edificio con operarios que dependen de él, o haber encargado a otro u otros sujetos su construcción. En este segundo caso, el promotor interviene en dos contratos distintos: el de arrendamiento de obra, en el cual ostenta la condición de comitente, y el de compraventa, en el que es vendedor. Aunque jurídicamente se trate de dos contratos distintos (principio de relatividad: art. 1257.I CC), si nos situamos en la perspectiva del promotor, ambos se hallan conectados económicamente.

Una vez que el promotor ha enajenado los pisos y locales construidos, es cuestionable, si conserva interés en el ejercicio de la acción de ruina derivada del art. 1591.I CC; sobre todo, cuando no ha existido frente a él ninguna reclamación del comprador. En cambio, puede ser ventajoso para el comprador utilizar dicha acción (648).

---

648) Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de junio de 1989, admite la legitimación activa del promotor para ejercitar la acción por ruina del art. 1591.I CC, contra el constructor, arquitecto y aparejador, aunque que ya había enajenado los pisos, y todavía no había sido demandado por los propietarios, por los defectos de construcción del edificio. Tras recordar la evolución jurisprudencial en la interpretación

El Tribunal Supremo entiende que en esta situación, los compradores tienen que ser protegidos; y, para ello, les reconoce legitimación activa en ejercitar la acción de ruina del art. 1591.I CC, contra el constructor y demás intervinientes en la construcción. Esta legitimación es justificada con diferen-

---

del art. 1591 CC, afirma: "Su legitimación [la de los propietarios] adquirida por subrogación, con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo. Que los promotores no asuman frente a los propietarios de los pisos el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos" (FD n.º 3). Más abajo insiste, cuando señala que la promotora tiene interés, "en no llegar a ser demandada, aunque sólo sea por conservar su prestigio de promotora" (FD n.º 4).

Esta STS de 9 de junio de 1989 cuenta con un voto particular, suscrito por dos magistrados, quienes niegan al promotor la posibilidad, de que ejercite la acción de ruina del art. 1591.I CC, una vez vendidos los pisos. Entre otras razones, se aduce que la acción del art. 1591.I CC "requiere un interés jurídico directo en quien la ejercita, que sólo puede tenerlo el que, como dueño de cada vivienda o del edificio en su conjunto (Comunidad de Propietarios respectiva), se ve directamente afectado o perjudicado por los expresados vicios ruinógenos, sin que en el promotor, que ya había vendido a terceros todas las viviendas y locales integrantes del edificio (o edificios) en cuestión, pueda, en principio, advertirse dicho interés directo en el ejercicio anticipado o prematuro de esta acción contra el contratista y técnicos, sino más bien la posibilidad de introducir, por esa vía indirecta, una cierta desviación de la responsabilidad de que ahora se hablará" (FD n.º 2). Somos de la opinión del voto particular.

La doctrina de la presente sentencia es posteriormente recogida por la STS de 17 de julio de 1990, la cual admite la legitimación activa de una Cooperativa para ejercitar anticipadamente la acción de ruina del art. 1591, cuando ya había transmitido la mayoría de las viviendas a los socios [está comentada por CABANILLAS SANCHEZ en CCJC, n.º 24, (1990), pp. 933-937]. También en relación con una Cooperativa, la STS de 8 de junio de 1992.

tes razonamientos, todos muy próximos entre sí. En este sentido, el Tribunal Supremo señala, por ejemplo, que los compradores se "subrogan" en la posición de su vendedor; que son "causahabientes a título particular" del vendedor; que "percibe(n) todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad"; que la legitimación del promotor pasa "a título derivativo a los adquirentes de pisos y locales" (649).

649) Entre otras, las SS TS de 5 de mayo de 1961; 17 y 28 de octubre de 1974; 1 de abril de 1977; 21 de diciembre de 1981; 20 de abril de 1982; 22 de marzo de 1986; 22 de abril y 17 de mayo de 1988; 9 de junio de 1989; 17 de julio de 1990; 25 de enero de 1993.

Hemos de advertir, que el Tribunal Supremo no limita la legitimación activa de los compradores de pisos y locales de comercio, frente al constructor y demás intervinientes en la construcción, a la acción por ruina del art. 1591.I CC, sino que abarca, además, a las acciones "de cumplimiento irregular o defectuoso" de los arts. 1101 y ss CC (entre otras las SS TS de 3 de octubre de 1979; 20 de febrero de 1981; 28 de junio de 1982).

PASQUAU LIAÑO, autor que ha intentado construir dentro de nuestro Ordenamiento la categoría de la acción directa, considera que la legitimación que el adquirente de una vivienda con defectos tiene contra su constructor (entendido éste en sentido amplio), es un supuesto de acción directa, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sin sustento en la ley. En apoyo de su opinión, menciona a las SS TS de 1 de abril de 1977, 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981 (citadas en los párrafos anteriores). Téngase presente que este autor señala, que la acción directa es diferente de la acción subrogatoria ["La acción directa en el Derecho español", (1989), pp. 54-64, especialmente las pp. 54-60; también las pp. 66-74].

La idea de que los subadquirentes pueden dirigirse contra anteriores vendedores es empleada, desde 1963, por la jurisprudencia francesa, para la garantía por vicios ocultos (la de los arts. 1641 ss C.c. francés). Esta "se transmite con la cosa al subadquirente, lo que permite a éste último, causahabiente a título particular de comprador, tratar por la vía contractual contra el vendedor anterior, o el vendedor inicial, así como contra su propio contratante" (n.º 316, p. 238). Por otro lado, es de destacar el art. 1646 C.c. francés, cuyo primer párrafo impone al vendedor la misma responsabilidad que tienen los arquitectos, empresarios y otras personas ligadas al comitente (arts. 1792, 1792-1, 1792-2, y 1792-3 C.c. francés; más o menos equivalentes al art. 1591 CC), y cuyo segundo párrafo, dice que "ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble". Finalmente, se afirma que el comprador, que ha cedido la cosa, y por tanto transmitido la garantía, "conserva,

Hay que advertir, por fin, que de los dos expedientes que permiten el ejercicio de la acción de ruina del art. 1591.I CC a los adquirentes de pisos y locales --el de la legitimación directa contra el constructor, y el de la equiparación del promotor al constructor--, el Tribunal Supremo suele inclinarse por utilizar el de la equiparación.

#### A.4. La ampliación del concepto de ruina del art. 1591.I CC: La ruina funcional.

[142].- Una interpretación rigurosa del art. 1591.I CC conduce a entender que sólo hay ruina cuando el edificio se derrumba o destruye. Frente a este concepto restrictivo, el Tribunal Supremo ha realizado una labor interpretativa, dirigida a ampliar tales límites estrechos (650).

En la aplicación del art. 1591.I CC, el Tribunal Supremo, progresivamente, ha diferenciado una serie de categorías:

---

en cuanto a él, la facultad de prevalerse de aquélla [la garantía] en la medida en que puede tener un interés directo y cierto" (n.º 321, p. 240; cfr. con la nota inmediata a ésta) [sobre cómo opera en general esta transmisión de acciones, HUET "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987), n.º 315-321, pp. 238-241, y n.º 342-353, pp. 252-256].

650) Esta labor de ampliación la inicia la STS de 20 de noviembre de 1959, en la que se encuentra el germen de los distintos tipos de ruina, que, con posterioridad, el Tribunal Supremo ha ido progresivamente perfilando. Dice: "la ruina (...) no hay que referirla, tan sólo, a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar, es decir, al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción, total o parcial de la obra, sino a un más amplio y lato contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a que se destinó" (cdo n.º 2).

a) La de ruina, que implica la destrucción o derrumbamiento del edificio, ya total, ya parcial.

b) La de ruina potencial, que supone que el edificio previsiblemente va a derrumbarse, por el mero transcurso del tiempo. Nótese cómo esta ruina potencial y la anterior tienen en común que ambas toman en consideración la solidez y estabilidad del edificio.

c) La de ruina funcional, que engloba los defectos del inmueble, que le hacen inútil o inhábil para el fin de una habitabilidad razonable. Este concepto de ruina ya implica un salto cualitativo, puesto que los casos que comprende pueden no afectar, en principio, a la solidez estructural del inmueble.

d) Las imperfecciones corrientes del edificio, las cuales carecen de la consideración de ruina. Aunque no se diga, parece que son un riesgo a asumir por los adquirentes, por su mínima importancia (651).

No obstante lo anterior, hemos de advertir que en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha denominado ruina potencial a lo que en otras llama ruina funcional. Es decir, a veces no se encuentra esa rigurosa precisión terminológica, tal y como nosotros la acabamos de exponer.

---

651) Además de esa STS de 20 de noviembre de 1959, citada en la nota precedente, por ejemplo, las SS TS de 27 de febrero de 1975; 31 de octubre de 1979; 11 de enero y 17 de mayo de 1982; 17 de febrero y 16 de junio de 1984; 16 de febrero y 20 de diciembre de 1985; 17 de febrero de 1986; 4 de abril, 17 de julio y 30 de diciembre de 1987; 17 de julio y 4 de diciembre de 1989; 13 de julio de 1990; 23 de enero, 15 de julio, 30 de septiembre y 23 de diciembre de 1991; 16 de julio de 1992; 25 de enero de 1993.



A propósito de la ruina funcional, y por tanto de la expansión del concepto de ruina del art. 1591.I CC, recordemos, a modo de ejemplo, las siguientes afirmaciones del Tribunal Supremo:

- "La responsabilidad regida por el párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil abarca, objetivamente a los 'vitii in aedificatione' originarios, siempre que se revelen dentro de los diez años y si alcanzan la calificación de graves, aunque el inmueble no quede convertido material o propiamente en ruinas ni comprometida su estabilidad, conceptuándose vicios graves todos aquellos defectos constructivos que por exceder de la meras o simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que hagan temer por su pérdida futura y aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia --ruina funcional de las sentencias (...)--, por cuanto la extensión del concepto se ha deslizado sobre las dos líneas de equiparar solidez y utilidad" (652).

- "El concepto jurídico de ruina empleada [sic] en el artículo 1591 del Código Civil extravasa el puramente semántico de nuestro Diccionario al comprender en la misma todos aquellos defectos o vicios que por afectar a elementos esenciales de la construcción lo hagan inservible o inadecuado para el uso para el que estaba destinado naciendo así una nueva figura que ha encontrado carta de naturaleza en la llamada ruina funcional" (653).

- Si bien el art. 1591.I CC "emplea el vocablo ruina", la jurisprudencia "lo ha adaptado a la realidad social presente, superando sus equivalencias de derrumbamiento, devastación, desmoronamiento o desplome, para llegar, al concepto más amplio, certero y lógico de ruina funcional, que comprende los graves defectos constructivos, que, excediendo de las imperfecciones corrientes, hacen a la edificación inútil o básicamente insuficiente para su finalidad propia" (654).

**A.5. El diferente ámbito en el que operan la acción de ruina del art. 1591.I CC y las acciones edilicias. Contexto procesal en el que se produce el pronunciamiento del Tribunal Supremo.**

652) STS de 17 de febrero de 1986.

653) STS de 17 de julio de 1989 (AR 5709).

654) STS de 30 de septiembre de 1991.

[143].- En algunas ocasiones, el Tribunal Supremo afirma que la acción por ruina del art. 1591.I CC es la aplicable al caso, y no, las acciones de saneamiento por vicios ocultos (655). Reuérdese que el alto tribunal hace una afirmación similar, aunque de mayor contundencia, cuando contrapone las acciones generales del incumplimiento (arts. 1101 y ss CC), a las acciones edilicias (656).

Si tenemos en cuenta tal afirmación, así como el concepto jurisprudencial de "ruina funcional", da la sensación de que, en el fondo, el Tribunal Supremo aplica reiteradamente, en diferentes campos, una única doctrina (657). Podríamos formularla así: Aquel contratante al cual se entrega una cosa inútil o inhábil, merece ser protegido durante un plazo más extenso y con un contenido más amplio que los que ofrecen las acciones edilicias. Es menos relevante el cauce mediante el cual dicha protección se logra. Por descontado que el Tribunal Supremo se ve forzado a ofrecer tal protección, dentro de los límites que impone la dogmática jurídica y de los remedios que contiene un Código civil de finales del XIX. Lo más significativo es el hecho de que se protege al comprador, después de haber transcu-

---

655) SS TS de 11 y 17 de octubre de 1974; 8 de noviembre de 1978; 9 de marzo de 1981; 18 de diciembre de 1984; 16 de febrero de 1985; 12 de febrero, 17 de mayo y 12 de diciembre de 1988; 19 de diciembre de 1989; 30 de julio de 1991.

656) *Supra*, n.ºm. 132.

657) Esto vendría a confirmarlo el hecho de que esta doctrina nos la volvemos a encontrar en relación a la acción de impugnación por error vicio del consentimiento del art. 1266 CC; *infra*, n.ºm. 146.

rrido seis meses desde la entrega de la cosa, y, a menudo, con mayor amplitud que la que ofrece el saneamiento.

La anterior doctrina jurisprudencial, aunque unitaria en su función básica de protección, no obstante tiene sus propias peculiaridades, en cada una de sus concretas aplicaciones.

Por ejemplo, a propósito de la acción de ruina del art. 1591.I CC no se encuentra la afirmación, de que se entregó un 'aliud pro alio', que en cambio sí aparece en la aplicación de las acciones generales de incumplimiento (658). Tampoco se destaca especialmente la insatisfacción del comprador, como sí ocurre en las acciones generales de incumplimiento (659). En cambio, en estas últimas no está presente la solidaridad, como sucede en la responsabilidad por ruina del art. 1591.I CC (660).

Es curioso también constatar cómo en la casación, la aplicación de la acción del art. 1591.I CC, desplazando a las edificaciones, tiene lugar en el contexto de un debate procesal parecido al que se da en la aplicación de las acciones generales por incumplimiento (661).

---

658) Supra, n.ºm. 131.

659) Supra, n.ºm. 128.

660) Los autores señalan que el art. 1591.I CC recoge el llamado principio individual de la responsabilidad: Cada una de las personas que intervienen en la construcción, responde de los defectos de construcción, que surgen en el ámbito de su control. En cuanto al Tribunal Supremo, es reiterada la doctrina jurisprudencial, que afirma la responsabilidad solidaria de las distintas personas que intervienen en la construcción, si no se puede determinar el daño imputable a cada una de ellas [CABANILLAS SANCHEZ "La evolución de las responsabilidades en la construcción", en "Centenario CC-I", pp. 363-364].

661) Recuérdese lo dicho, sobre la afirmación jurisprudencial que distingue entre las acciones generales del incumplimiento y las acciones edilicias (supra, n.ºm. 132).

Es normal que el litigio se desenvuelva como sigue: El presidente de la comunidad de propietarios, en nombre de ésta, demanda al vendedor-promotor por los defectos de construcción del inmueble. Si la segunda instancia admite la pretensión de la comunidad, el promotor suele interponer recurso de casación, cuya argumentación jurídica es, básicamente, ésta: en su condición de vendedor, sólo responde del saneamiento por vicios ocultos (inaplicación de los arts. 1484 y ss CC), y no de la ruina, que contempla el art. 1591.I CC para el contrato de obra (aplicación indebida); y, puesto que la demanda de los compradores se ha interpuesto una vez transcurridos seis meses desde la entrega del inmueble, debe desestimarse por ejercicio extemporáneo.

A tales alegaciones se opone la afirmación del Tribunal Supremo de que la calificación de ruina, hecha por la Audiencia, es correcta, y que el caso no es un supuesto de vicios ocultos (662).

## **B. Observaciones críticas.**

### **B.1. El reforzamiento jurisprudencial de la protección de los adquirentes de pisos y locales de comercio.**

[144].- En este concreto objeto de tráfico (pisos y locales de comercio), el Tribunal Supremo ofrece una fuerte protección a

---

662) SS TS de 17 de octubre de 1974; 16 de febrero de 1985; 12 de febrero de 1988; 17 de mayo de 1988; 12 de diciembre de 1988; 19 de diciembre de 1989.

los adquirentes. Adviértase que, en principio, el comprador dispone de dos distintas vías jurisprudenciales, a través de las cuales puede tener éxito su pretensión. Una, es la del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, que, recordémoslo, ha sido aplicada a las adquisiciones de pisos (663). La otra, es la presente doctrina, elaborada en torno al art. 1591.I CC. Se trata, además, de dos vías jurisprudenciales plenamente consolidadas.

La existencia de un doble cauce de protección de los adquirentes de pisos y locales de comercio ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Supremo, en alguna que otra ocasión (664).

---

663) Supra, nota n.º 559. Es de notar que la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa se aplica, con relativa frecuencia, a las adquisiciones de plaza de garaje (supra, notas n.º 560 y 561), y en cambio, no hemos encontrado una sentencia que a tales adquisiciones aplicase el art. 1591.I CC, cuando se trata del mismo conflicto de intereses presente en la compra de un piso o local de comercio.

664) La STS de 18 de diciembre de 1984 afirma: "no se está, evidentemente, ante una situación viciosa de la cosa a que se refieren los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y siguiente [sic] del Código civil, sino ante un supuesto de propia inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, esto es, ante un defectuoso cumplimiento de la obligación contractualmente asumida de idoneidad de la cosa o ante una situación de arruinamiento por negligencia del constructor (artículo mil quinientos noventa y uno del Código)" (cdo n.º 2). Más abajo señala: "es patente la contravención del tenor de la obligación por el demandado cuya, consiguiente responsabilidad, encaja en los citados preceptos [se refiere a los arts. 1098 y 1101 CC] y en la norma del artículo mil quinientos noventa y uno del mismo Código" (cdo n.º 3).

Igualmente la STS de 18 de febrero de 1988, que dice: "en el presente caso, acontece, un incumplimiento contractual que acarrea la ruina potencial de lo vendido y desde luego la ruina funcional de la vivienda, que la hace inútil para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza, encajando el supuesto que se contempla en el art. 1591, así como en los arts. 1101 y 1124 del Código civil".

Aunque no tan claramente como en las dos anteriores sentencias, otro ejemplo, lo es la de 4 de noviembre de 1992: "Por último y aunque a ello no se ha hecho alusión, ni con lo que antecede es necesario, tampoco puede olvidarse que en los últi-

En cuanto a las consecuencias prácticas derivadas de seguirse una u otra vía, a salvo la diferencia del plazo, ambas no divergen mucho entre sí (665). Cuando el Tribunal Supremo aplica las acciones generales de incumplimiento, normalmente condena, bien a la reparación 'in natura' del inmueble, bien a una cantidad de dinero en concepto de indemnización, cuya cuantía fija en algunas ocasiones, en otras señala un tope máximo y otro mínimo entre los que debe moverse, y, a veces, remite, sin más, su determinación al período de ejecución de sentencia. En relación a la acción de ruina del art. 1591.I CC, aunque este precepto hable de una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la ruina, el Tribunal Supremo no sólo condena a la indemnización, sino, en ocasiones, también a la reparación 'in natura' del inmueble.

**B.2. El problema de la corrección dogmática de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al art. 1591.I CC.**

[145].- No puede negarse que la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1591.I CC nace para dar respuesta a un problema

---

mos años se ha ido confirmando una jurisprudencia que admite la acción por incumplimiento contractual dentro de los quince años y desde la entrega de la obra (...) e incluso desde la manifestación de los vicios ruinógenos, (...), aplicando la compatibilidad del art. 1591 con el 1964 y concordantes" (FD n.º 4).

665) Comparando los arts. 1124 CC y 1591 CC, CABANILLAS SANCHEZ señala, que las consecuencias de la aplicación de ambos "van a ser semejantes, pues en ambos casos el resarcimiento se fija de acuerdo con lo prescrito en los artículos 1096 y siguientes. La singularidad fundamental del artículo 1591 respecto al 1124 debe encontrarse en que el primero establece el denominado plazo de garantía decenal (...)" ("La evolución de las responsabilidades en la construcción", en "Centenario CC-I", p. 365).

de la presente realidad social: la situación de inferioridad en que, en general, se encuentran los compradores de pisos y locales de comercio frente al vendedor. Destacando su aspecto creador, algún autor habla de jurisprudencia pretoria, calificativo con el que estamos de acuerdo. Incluso el propio Tribunal Supremo, en ocasiones, destaca esa motivación práctica, cuando dice que, si no se reconociese legitimación activa a los compradores, se produciría su "desamparo" (666), o un "fraude a la ley" (667).

Situados en la perspectiva de la posible corrección dogmática, podemos entender que la equiparación del promotor al constructor, entra dentro de lo permitido por la analogía del art. 4.1 CC, a lo cual abundaría el art. 3.1 CC (668). En cambio, es más problemático admitir que la transmisión del bien, del promotor al comprador, implique la subrogación de éste en el lugar de aquél; o que el bien conlleve el traspaso de acciones. Recuérdese, por ejemplo, lo que disponen los arts. 1210 y 1257.I CC.

Hay que advertir que este problema de la legitimación activa de los compradores está estrechamente vinculado con el de

---

666) SS TS de 11 de octubre de 1974; 8 de noviembre de 1978; 1 de marzo de 1984.

667) STS de 17 de octubre de 1974.

668) Sobre estos dos artículos, surgidos de la reforma del Título preliminar del CC en 1974, TORRALBA SORIANO en "Comentarios a las reformas del Código civil. (El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975)", vol. I, (1977), pp. 149-165 y 194-207.

Acerca de la analogía antes de esta reforma de 1974, DE CASTRO "Derecho civil de España I", pp. 478-484.

la naturaleza que se atribuya a la responsabilidad por ruina del art. 1591.I CC --contractual, extracontractual o 'ex lege' (669)--; en este punto la postura del Tribunal Supremo no aparece clara (670).

Consideramos, en cambio, claramente criticable, el amplio concepto de ruina que maneja el Tribunal Supremo (ruina funcional). La forma en que el art. 1591.I CC se expresa, y su fin inmediato, hacen pensar en unos concretos defectos de construcción: aquéllos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio. Ampliar el concepto de ruina a aquellos otros que implican la inutilidad del bien para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone, a nuestro parecer, distorsionar la letra del art. 1591.I CC. No estamos ante una posible interpretación extensiva, sino ante una ruptura con el precepto.

Dejando al margen la cuestión de la legitimación activa, parece que un camino dogmáticamente más adecuado, sería reconducir esos defectos de construcción a los arts. 1101 y ss CC. Esta observación crítica no impide, sin embargo, que consideremos que desde un punto de vista de política de Derecho sea de-

---

669) Téngase presente lo dicho más arriba, en la nota n.º 645.

670) Según CABANILLAS SANCHEZ, "En los comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (...) y 3 de octubre de 1979 (...), interpreto que la solución que propugna el Tribunal Supremo parte de dos presupuestos: 1.º) La naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del artículo 1591, pues, en otro caso, los esfuerzos argumentales, en torno al artículo 1257 del Código Civil, para legitimar a los adquirentes y subadquirentes de viviendas para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, tendrían poco sentido (...)" [comentario a la STS de 17 de julio de 1990, en CCJC, n.º 24, (1990), p. 934].



fendible y esté justificada la presente doctrina jurisprudencial sobre el art. 1591.I CC.

Finalmente, hemos de destacar que el criterio con el que se identifica a la ruina funcional --la inutilidad del inmueble-- es el mismo que emplea el art. 1484 CC para identificar el vicio redhibitorio. Otra vez, el empleo de un mismo criterio para definir dos conceptos distintos (<sup>671</sup>), en este caso ruina y vicios, impide la separación nítida entre uno y otro.

#### 6.3.4. El criterio funcional aplicado al error.

##### A. Contenido.

[146].- Para definir el requisito de esencialidad del error vicio del consentimiento del art. 1266 CC, el Tribunal Supremo, en algún caso de forma explícita y en otros muchos de un modo implícito, ha tenido presente, una vez más, la utilidad de la cosa entregada, en conexión con el fin al que el comprador pensaba destinarla.

La STS de 3 de febrero de 1986 es un ejemplo elocuente de lo dicho. Expresamente tiene presente la inutilidad de la cosa adquirida, para admitir la acción de impugnación por error del art. 1266 CC. Confirmando la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo considera ineficaz la compraventa de una pala cargadora de orugas, cuyo fin era la excavación y rebaje de tierras, que fue objeto de numerosas reparaciones (un total de

---

<sup>671</sup>) Recuérdese supra, n.ºm. 135, para el incumplimiento y los vicios ocultos.

34). El Tribunal Supremo calificó de relevante el error sufrido por el comprador, puesto que recayó "sobre la idoneidad misma del artefacto para el fin a que había de ser dedicado y para el cual fue efectivamente adquirido" (FD n.º 5) (672).

Conviene recordar, que el Tribunal Supremo, de nuevo, emplea para determinar si el error es esencial, tanto el criterio subjetivo como el objetivo. La STS de 4 de enero de 1982, que declaró ineficaz la adquisición de una empresa dedicada a la explotación de aguas minero-medicinales, al resultar no potables bacteriológicamente, señala que la esencialidad del error supone un conocimiento equivocado de las cualidades de la cosa, determinantes de la declaración de voluntad; y que, si bien la

---

672) El Tribunal Supremo recuerda, además, que la sentencia de la Audiencia Territorial había afirmado, que "dado, que del resultado de la prueba se aprecian sus malas condiciones de funcionalidad [la de la máquina] e ineptitud e inhabilidad para la realización del destino que informó la voluntad racional y consciente del consentimiento del comprador, la máquina por adolecer de la esencial 'condición de destino' a que se refiere el artículo 1266 del Código civil determina 'error in sustantia que vicia el consentimiento negocial' y origina la nulidad del contrato" (FD n.º 4).

Como decimos en el texto, esta STS de 3 de febrero de 1986 tiene en cuenta de forma clara y contundente que el objeto adquirido fue inútil al interés del comprador. No obstante, la idea de que la inutilidad de la cosa permite aplicar la acción por error vicio del consentimiento, está implícitamente presente en muchas sentencias que estiman o desestiman la pretensión de la anulabilidad de la compraventa, y esto, simplemente, porque la figura del error vicio exige tener en cuenta las cualidades de la cosa incorporadas al contrato, y dichas cualidades suelen ser relevantes para que la cosa pueda desempeñar una cierta utilidad (aquella por la que se adquirió).

Por ejemplo, en la adquisición de una máquina es relevante que ésta tenga determinado rendimiento, o que tenga una determinada antigüedad; en la de solares, el que se pueda edificar sobre ellos, o el que cuenten con un determinado volumen de edificabilidad [acerca de las cualidades que en determinados objetos los particulares suelen tener presente, es decir, sobre los "supuestos típicos de error en el tráfico", A.M. MORALES "El error en los contratos", (1988), pp. 163-165; también "Comentarios Edersa XVII 1.º-B", pp. 268-269].

jurisprudencia sigue un criterio subjetivo en la valoración de dicho requisito, dado el tenor del art. 1266 CC, ello no implica no tener en cuenta "los criterios objetivos, puesto que, generalmente, la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración" (cdo n.º 4) (673).

#### **B. Observaciones críticas.**

##### **B.1. El error vicio del consentimiento y el carácter específico o genérico de la obligación del vendedor.**

[147].- No puede generalizarse el argumento de la inutilidad de la cosa, para apreciar el carácter esencial del error, hasta el punto de afirmar que siempre que la cosa sea inútil, el comprador pueda merecer esta vía de protección. Por el contrario, han de diferenciarse supuestos, teniendo presente la naturaleza de la obligación (específica o genérica), y el momento en que el error se produce (en la perfección del contrato o en la recepción de la cosa).

La doctrina no suele dar relevancia al carácter genérico o específico de la obligación, a efectos de la aplicación de la acción de impugnación por error del art. 1266 CC. En este panorama, A.M. Morales constituye una excepción (674). Este autor,

---

673) Sobre los posibles criterios que pueden emplearse a efectos de la determinación del requisito de esencialidad del error del art. 1266 CC, MORALES MORENO "El error en los contratos", (1988), pp. 189-213; del mismo autor, "Comentarios Edersa XVII 1.º-B", pp. 276-291.

674) Sus palabras no dejan lugar a dudas: "El error acerca de las cualidades de la cosa tiene manifestaciones distintas según la naturaleza de la obligación de dar. Hay que distinguir las

al que seguimos, señala distintas manifestaciones del error, en las obligaciones genéricas.

Una, es aquélla en la que el error recae sobre las cualidades del género (las partes atribuyen al género unas cualidades que ninguna de las cosas que lo integran posee) (675). A.M. Morales considera que este error puede encajar en el art. 1266 CC, permitiendo así la anulación del contrato e impidiendo que pueda hablarse de incumplimiento del deudor (676). Dicho error se caracteriza, porque se produce en el mismo momento de la celebración del contrato (677).

La otra manifestación, se refiere al momento del cumplimiento. Dada la peculiar estructura de la obligación genérica, que exige, llegado el momento del cumplimiento, que el deudor

---

denominadas obligaciones específicas de las obligaciones genéricas" [MORALES, "El error en los contratos", (1988), p. 162].

675) Recuérdese las dos diferentes formas de delimitar el género, supra, n.ºm. 65.

676) No obstante, A.M. MORALES también admite, que el deudor puede responder por 'culpa in contrahendo'. Como ejemplos de esta modalidad de error, pone el del género "glicerina", al que se supone, equivocadamente, que puede ser empleado como líquido de frenos, o el del género de láminas de plástico, que se considera, que permite la fabricación de lanchas hinchables. Ambos son, respectivamente, los casos de las SS TS de 21 de febrero de 1956 y 12 de febrero de 1959, que por diversas razones no admitieron la impugnación suplicada ["El error en los contratos", (1988), p. 162 y nota n.º 10; en idéntico sentido "Comentarios Edersa XVII 1.º-B", p. 269].

677) También a propósito del momento de la celebración del contrato, A.M. MORALES alude a otro tipo de error, consistente en "un desacuerdo entre los contratantes acerca de las cualidades del género. Por ejemplo mientras el vendedor quiere vender patatas de consumo, el comprador desea adquirir patatas de siembra" ["El error en los contratos", (1988), pp. 162-163].

entregue una cosa del género, entra en lo posible que el acreedor acepte equivocadamente la cosa ofrecida en pago, creyendo ser del género convenido, y después compruebe que no era así. Morales denomina esta otra manifestación del error, propio de las obligaciones genéricas, error en la recepción del objeto, y no considera, que encaje en el art. 1266 CC (678).

Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho y ciñéndonos al supuesto en que la obligación del vendedor es genérica, podemos hacer las siguientes afirmaciones:

a) Si el error recae sobre las cualidades del género, y el vendedor entrega cosa del género, aunque le sea inútil al comprador y su interés se vea insatisfecho, no podrá pretender desvincularse del contrato por incumplimiento, dado que el vendedor cumplió.

En cambio, podrá intentar desvincularse, apoyándose, en que su consentimiento estuvo viciado por error, siempre que tal error sea esencial y excusable (679).

b) Si el error se produce en la recepción del objeto --esto es, el vendedor entrega una cosa que no es del género y el comprador la acepta, por no percatarse de la divergencia--, debe afirmarse que este problema no encaja, estrictamente, en el error del art. 1266 CC.

Esto no significa que el error en la recepción tenga que ser irrelevante. El problema es que su tratamiento no está di-

---

678) A.M. MORALES "El error en los contratos", (1988), p. 163; "Comentarios Edersa XVII 1.º-B", pp. 269-270.

679) Según A.M. MORALES, cuando el error sea esencial e imputable a la otra parte contratante; al respecto, supra, en nota n.º 401.

rectamente previsto en la ley. Posiblemente debamos admitir, al menos en ciertos casos, que el comprador pueda impugnar la recepción de la cosa y exigir la entrega de otra del género.

c) Si el vendedor entrega una cosa que no es del género y el comprador se percata de ello, rechazándola en un plazo prudencial (determinable según las concretas circunstancias del caso), hay incumplimiento del vendedor, puesto que la obligación no se ha especificado, siendo aplicable el régimen general de los arts. 1096 y ss CC. En ningún momento, el comprador podrá intentar deshacer el contrato, por error vicio del consentimiento.

En el caso de que la obligación del vendedor sea específica, si éste entrega cosa distinta de la pactada, hay un incumplimiento. En cambio, si entrega la concreta cosa pactada, y en ese momento el comprador advierte que se la atribuyeron ciertas cualidades que no posee, podrá impugnar el contrato por error vicio de consentimiento, si reúne los requisitos exigidos por ley y jurisprudencia.

Volviendo a la doctrina del Tribunal Supremo, hemos de indicar que en la aplicación del art. 1266 CC no se tiene en cuenta si la obligación del vendedor es genérica o específica, a fin de concretar si se trata de un problema de formación o de ejecución del contrato. De aquí, asimismo, que, desde el punto de vista dogmático, tampoco podamos calificar, en sí, de correcta o incorrecta, la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo, cuando aplica la acción por error vicio del consentimiento del art. 1266 CC (680).

---

680) En este sentido téngase en cuenta lo dicho a propósito de los arts. 1101 y 1124 CC, supra, n.ºm. 134.

Por otro lado, hemos de llamar la atención sobre la clari-

**6.3.5. Conclusión: El argumento de la inutilidad de la cosa y la transformación del sistema.**

[148].- Al margen de las concretas críticas teóricas hechas a la aplicación del mismo argumento de la inutilidad de la cosa, a los supuestos de los arts. 1484 y ss, 1101 y 1124, 1591.I, y 1266 CC, debemos concluir, necesariamente, destacando la extraordinaria importancia práctica que dicho argumento posee en manos de la jurisprudencia. Se trata, sin duda, de un elemento clave en el modo de operar del Tribunal Supremo, mediante el cual ha podido llevar a cabo una profunda transformación de nuestro ordenamiento. Sólo en una exposición global y de conjunto, como la que hemos intentado realizar, se puede destacar esta importancia.

**6.4. La irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa celebrada.**

**A. Contenido.**

---

dad teórica con la que el error vicio del consentimiento se diferencia del incumplimiento, y la dificultad práctica, que en ocasiones presenta el deslindar una figura de la otra. Esto es expresamente reconocido por A.M. MORALES, quien en nota a la STS de 12 de febrero de 1979 afirma: "El caso nos pone de manifiesto cómo fácilmente se puede confundir la figura del error con el incumplimiento. El recurrente invoca ambas cosas. En ambos casos queda insatisfecho el interés fundado en el negocio, pero no significa que ambas figuras coincidan. El error sólo existe en la medida en que no hay incumplimiento; es decir, en la medida en que no es obligación de la otra parte entregar la cosa con determinadas cualidades" ["El error en los contratos", (1988), p. 291; también, esta vez en nota a la STS de 8 de mayo de 1918, p. 374].

[149].- Alguna que otra vez, el Tribunal Supremo menciona el carácter genérico o específico de la compraventa. Tales alusiones no contradicen la afirmación, que ya hicimos (681), de la general irrelevancia que para él tiene el modelo de compraventa pactado. Las escasas reflexiones que el Tribunal Supremo hace a propósito del carácter genérico o específico de la obligación, vienen a ser una confirmación de esta tesis.

La mayoría de las afirmaciones jurisprudenciales sobre la naturaleza genérica o específica de la obligación parecen tener carácter 'obiter dicta'. Añádase, que casos similares, unas veces se califican como supuesto de obligación genérica, y otras como de específica, sin ofrecerse una clara razón de ello. Finalmente, la calificación de la venta se practica en un número mínimo de sentencias (sólo cinco), en comparación con el importante número de aquellas otras, en las que en ningún modo se alude al carácter genérico o específico de la obligación (682).

Las SS TS de 1 de julio de 1947, 20 de diciembre de 1977 y 26 de octubre de 1990 aluden al carácter genérico de la obligación del vendedor.

Los casos de las dos primeras trataron de la entrega de una máquina, que resultó no funcionar correctamente. En ambos casos, el Tribunal Supremo admitió la acción resolutoria del art. 1124 CC, que el comprador ejercitó, al ser esta acción la más "apropiada" (683), o la más "adecuada" (684) a la compraventa genérica, que se pactó.

---

681) Cfr., supra, n.ºm. 59.

682) Incluimos tanto las sentencias que aplican la doctrina de la compatibilidad entre acciones generales y especiales, cuanto las que aplican alguna acción general o especial, basándose en el carácter inútil de la cosa entregada.



En la tercera sentencia --la de 26 de octubre de 1990-- el litigio trató de la entrega de una plaza de garaje, que carecía de acceso, por el desplazamiento de un pilar del lugar en que estaba en el proyecto. El Tribunal Supremo estimó la acción de cumplimiento (sustitución) ejercitada por el comprador, y, recogiendo lo afirmado por el Juez de instancia, señaló que las adquisiciones de inmuebles sobre plano son prestaciones de carácter genérico (685).

En cambio, las SS TS de 3 de marzo de 1979 y 24 de septiembre de 1986 señalan el carácter específico de la obligación del vendedor. Ambas, también tratan de un caso similar: la adquisi-

---

683) STS de 1 de julio de 1947: "a la vez que la acción de saneamiento por defectos ocultos en la cosa se ejercitó la resolutoria del contrato de compraventa por no ser la cosa entregada conforme a la pactada e incluso ser en [sic] esta acción más apropiada a la índole del caso, ya que no fue un torno determinado, sino genéricamente un torno de precisión" (cdo n.º 3).

684) STS de 20 de diciembre de 1977: "la acción ejercitada en la demanda (...) sino la resolutoria de lo estipulado como consecuencia del defectuoso cumplimiento de obligaciones contractuales (...) que, de acuerdo con la doctrina mantenida de forma constante y uniforme con la Jurisprudencia de esta Sala, la acción últimamente mencionada, resulta la más adecuada para obtener la invalidación de un vínculo obligacional, cuando el objeto de una compraventa no lo constituye una cosa expresamente determinada sino genérica y lo entregado no resulta conforme con lo que se pactó" (cdo n.º 4; entre las sentencias que cita en su apoyo está la de la nota anterior, la de 1 de julio de 1947).

685) STS de 26 de octubre de 1990: "a ello, se aboca, con suma frecuencia como bien dijo el juez de instancia (...) con el sistema actual de construcción, en el que suele venderse los inmuebles a edificar sobre planos, ya que todas las unidades, cada una dentro de su clase (pisos y locales) no ofrecen ninguna diferenciación, entrando, prácticamente, en el ámbito de las prestaciones genéricas" (FD n.º 3).

ción de una plaza de garaje, cuyas dimensiones físicas no permitían el estacionamiento de un vehículo automóvil medió.

En la primera, el Tribunal Supremo estimó la pretensión de reducción del precio, suplicada por los compradores, apoyándose en el art. 1101 CC (686). En la segunda, el alto tribunal estimó la acción de cumplimiento (sustitución) ejercitada por los compradores (687).

## **B. Observaciones críticas.**

### **B.1. Los inmuebles como posible objeto de una obligación de género limitado.**

[150].- Ultimamente, y a propósito de la aplicación que el Tribunal Supremo hace de las acciones generales de incumplimiento a las adquisiciones de pisos, locales de comercio y plazas de garaje, algunos autores destacan, con más o menos matices, cómo

---

686) STS de 3 de marzo de 1979: "para dilucidar el problema que plantea el recurso es necesario precisar el tipo concreto de relación jurídica que surge en estos casos de venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a un plaza de garaje, así como los remedios a aplicar cuando, como sucede en este caso, en el momento de la entrega resulta que dicha plaza carece de las condiciones adecuadas para ello, con la inevitable repercusión en los plazos prescriptivos de la acción a ejercitar por el comprador perjudicado; siendo de observar, ante todo, que se está en presencia de una venta de cosa no genérica, sino específica, cual es el piso concreto que se determina en el contrato, especificidad que no se altera por el hecho de que como anejo figure una plaza de garaje, de la que solo se precisa que estará ubicada en el semisótano de la casa" (cdo n.º 2).

687) El FD n.º 3 de la STS de 24 de septiembre de 1986 reproduce la doctrina y las afirmaciones contenidas en la STS de 3 de marzo de 1979 (la nota anterior a ésta), sin apenas variaciones.

tales bienes pueden ser objeto de una obligación de género limitado (688).

Entre ellos se encuentra Orti, quien categóricamente afirma el carácter de obligación de género limitado, que tiene la del vendedor de un piso, local de negocio, o plaza de garaje, cuando el mismo posee la condición de promotor (689). En cam-

---

688) Pensando en la STS de 26 de octubre de 1990 (cfr. supra, nota n.º 685), que señaló que el sistema actual de enajenación de inmuebles entra "prácticamente, en el ámbito de las prestaciones genéricas", GARCIA CANTERO, en una breve nota, dice: "La afirmación se sitúa, modestamente, en el plano de la realidad económico-social, sin avanzar cuestiones dogmáticas; pero merece recogerse en apoyo de la corriente doctrinal favorable a admitir obligaciones genéricas que recaigan sobre inmuebles" [ADC, (1991), p. 1715; anteriormente este autor se había preocupado de temas conexos, en su trabajo: "Notas sobre la individualización de inmuebles", ADC, (1965), pp. 853-875].

Refiriéndose al momento de la transmisión de la propiedad de la cosa y al de los riesgos al comprador en el Derecho francés, O. BARRET señala que, si bien lo más frecuente es que las ventas sobre un inmueble construido sean de una cosa individualizada (específica), también pueden ser de "cosa genérica"; "tal es el caso cuando ella [la venta] tiene por objeto un apartamento a tomar de un lote inmobiliario determinado" ["Vente d'immeuble construit", en "Gestion de l'immeuble", (1992), n.º 9265; también el n.º 9266].

689) Lo justifica como sigue: "¿Cuáles son las razones por las que es asimilable la venta de viviendas realizada por el promotor a la venta de géneros? El promotor inmobiliario ofrece los pisos o locales al adquirente como cosas pertenecientes a un conjunto constituido por el edificio, o sea, se trata normalmente de un *genus limitatum*. Ciertamente, en el momento de la venta la cosa se especifica, pero no se presta su consentimiento sobre la cosa misma, sino en función de los caracteres y cualidades del tipo o género (edificio) al que pertenece la cosa. De negarle el carácter de venta genérica a este tipo de ventas, también tendríamos que negárselo a la venta manual de cosa genérica, porque también en este caso, se lleva a cabo en un mismo momento la realización del contrato y especificación (...).

Pero más clara y evidente resulta esa identidad con la venta de cosa genérica en los casos de compraventa de un piso en construcción o cuando todavía no ha empezado la construcción (venta sobre proyecto o sobre planos). En estos casos, como ocurre en la venta de género pura, ni siquiera la cosa está especificada en el momento del contrato" [ORTI "La protección" p. 167].

El presente autor continúa comparando la venta de viviendas con la venta genérica de bienes muebles, y señalando la semejanza que hay entre una y otra, en cuanto a los sujetos y a

bio, si el vendedor es un particular, la compraventa celebrada tiene carácter específico (690). Adviértase, que la calificación de obligación de género limitado justifica la aplicación de las acciones generales de incumplimiento, y que, en opinión de este autor, el régimen de la obligación genérica o de género limitado es el del incumplimiento de los arts. 1101 y ss CC, háyase o no producido la especificación (691).

A propósito de la STS de 24 de septiembre de 1986, que admitió la acción de cumplimiento (sustitución) ejercitada por los compradores, consecuencia de que la plaza de garaje entregada no permitía albergar un automóvil de tipo medio (692), R. Bercovitz señala la posibilidad de que la obligación del vendedor fuera de género limitado, y no específica, como afirmó el Tribunal Supremo, lo cual hubiera permitido justificar la solución que el alto tribunal dió (693).

---

los caracteres del conflicto de intereses, que surge entre vendedor y comprador [op. cit. pp. 167-168].

690) ORTI "La protección", p. 166.

691) Véase supra, n.ºm. 134, en donde transcribimos la valoración, que ORTI hace sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica las acciones generales del incumplimiento y en la que también incluía, aunque en ese momento no lo resaltásemos, a la venta de pisos, locales de comercio o plazas de garaje.

692) Cfr., supra, n.ºm. 149.

693) "Si en la interpretación de los contratos debe predominar la intención de las partes (art. 1.281 CC), se puede afirmar que en realidad el contrato era de un piso (específico) con una plaza de garaje aneja, dentro del mismo edificio, es decir, de una plaza de garaje genérica (de género limitado), y que la determinación de la misma, mediante la especificación de su número en la escritura de venta, debía tener normalmente un significado secundario. En definitiva, se trataría de entender que, bajo la apariencia de una obligación específica (la entrega de la plaza de garaje número 18 del edificio), en realidad existía una obligación genérica (la entrega de una plaza de garaje en

Por nuestra parte, entendemos rechazable generalizar la calificación de obligación de género limitado a todas las adquisiciones de pisos y locales de negocio, cuando el vendedor - es también el promotor. No negamos la posibilidad teórica de que dicho modelo obligacional pueda pactarse. Pero esto pertenece a la autonomía de la voluntad. Son los contratantes los que libremente decidirán, si configuran la obligación del vendedor como específica o de género limitado. Es más, tal y como actualmente opera el tráfico de las compraventas de pisos y locales de comercio, lo más frecuente es que se celebren compraventas en las que la obligación del vendedor sea específica, y no de género limitado. No es indiferente, por ejemplo, que el piso tenga una orientación norte o sur; o que sea un primero, un cuarto, o el último del edificio.

Ahora bien, también somos conscientes de que, si por cualquier motivo el vendedor no puede entregar el piso en las condiciones pactadas, pero puede y quiere ofrecer otro de similares o mejores condiciones, sin que ello repercuta sustancialmente en el precio e interés del comprador, éste pueda estar dispuesto a novar el contrato cambiando su objeto. Estadísticamente ello será lo más normal, cuando el enajenante es un promotor y el adquirente un particular, que económicamente no pueda permitirse el costo de un pleito contra su vendedor.

---

el edificio). Semejante interpretación es posible y entonces sí que cabría hablar de incumplimiento, y condenar a la sustitución de la plaza de garaje entregada. Pero ni en los resultados [sic] ni en los considerandos de la sentencia existe indicio alguno de que ese fuere el camino argumental utilizado, ni por las partes ni por los juzgadores, para llegar al resultado alcanzado" [R. BERCOVITZ, CCJC, n.º 12, p. 4003].

Y de la misma opinión somos, en cuanto a las adquisiciones de plaza de garaje en régimen de propiedad horizontal. La voluntad común de las partes es la que configura la obligación del vendedor, como específica o genérica (694). Al margen de esto, hemos de señalar, que el objeto de este otro tráfico parece tener, a efectos prácticos, un carácter más fungible, que el de los pisos y locales de comercio (695).

---

694) En la sentencia de 26 de octubre de 1990, que calificó la compraventa de una plaza de garaje de obligación genérica, el Tribunal Supremo precisó: "y en este supuesto, no cabe olvidar que, se llegó a la división del local comercial situado en planta de sótano del edificio, en locales destinados a garajes señalizados, en fecha posterior a la suscripción de los contratos de venta, como acreditó la escritura de subdivisiones de 23 de octubre de 1980" (FD n.º 3).

695) La cuestión se plantea de forma distinta, si el piso o la plaza de garaje adquiridos no están en régimen de propiedad horizontal, sino en el de la comunidad de bienes de los arts. 392 y ss CC. Como es sabido, la ley no impone el régimen de la propiedad horizontal (cfr. arts. 396 y 401.II CC), si bien es el que por excelencia se da en la realidad. A modo de simple reflexión, cuando se adquiere un piso o una plaza de garaje en un edificio en régimen de comunidad de bienes, realmente lo que se adquiere es una cuota de dicha comunidad. En estos casos lo más frecuente es que exista una normativa, impuesta por el promotor-vendedor, o surgida por pacto entre comuneros, que determine el concreto disfrute de un piso o plaza de garaje. Nos acercamos más a la obligación específica, sin olvidar que, si algún comunero, dada su cuota, tiene el disfrute de varios pisos y plazas de garaje, podrá constituir su obligación como de género limitado (principio de la autonomía de la voluntad).

Aunque en modo alguno se plantea la calificación como obligación específica o de género limitado, la STS de 8 de abril de 1992 ofrece un ejemplo, en que la comunidad de propietarios del sótano, destinado a plazas de garaje, no está sometida al régimen de propiedad horizontal de la ley 49/1960 de 21 de julio, y en el que según parece el vendedor no se limitó a vender cuotas, sino que determinó, además, la plaza asignada en disfrute de éstas. El FD n.º 1 dice: "En 1980, por documento privado, el ahora recurrente vendió las 19 cuotas partes indivisas del sótano del edificio a varios compradores cada uno de los cuales adquirió, junto al uso exclusivo de la referida superficie, el derecho a servirse de los elementos comunes privativos del local; a los autos se aportan nueve escrituras públicas, correspondientes a otros tantos de los mencionados documentos privados, donde 'expresamente' se manifiesta que 'la participación indivisa de la finca transmitida en virtud de la presente escritura da derecho al uso y disfrute de una plaza de aparcamiento de vehículo determinada', quedando reflejadas las

**B.2. La irrelevancia del carácter específico o genérico de la venta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

[151].- Esta afirmación es constatable con sólo tener en cuenta, por vía de contraste, que el Tribunal Supremo sí presta atención, al hecho de haberse pactado una obligación específica o genérica --en cuanto determinantes de un peculiar régimen jurídico--, a propósito de un problema distinto: el de la pérdida sobrevenida de la cosa, por causa no imputable al deudor (696). De aquí que no pueda afirmarse que el Tribunal Supremo desconoce, en todo caso, el carácter genérico o específico de la obligación y sus diferencias de régimen.

Lo que ocurre es que, mientras en ciertas cuestiones (riesgo por pérdida sobrevenida de la cosa) el Tribunal Supremo, previamente, califica la obligación de genérica o específica, a fin de determinar la regla a aplicar, en otros casos (responsabilidad del vendedor por las anomalías cualitativas de la cosa), en contra de la generalidad de la doctrina (697), opera al margen de tal calificación, siéndole indiferente el carácter genérico o específico de la obligación.

La constatación de este modo de proceder nos permite afirmar, que es doctrina implícita del Tribunal Supremo, la de la

---

características de cada una de las plazas o zonas de aparcamiento en el plano que se entrega al comprador".

696) Sobre esta cuestión, nos remitimos a lo ya dicho supra, n.ºm. 45 y ss.

697) Recuérdese supra, n.ºm. 60.

general irrelevancia que el carácter genérico o específico de la obligación tiene en el tema objeto de nuestra investigación (el tratamiento jurídico de las anomalías cualitativas).

#### 7. Conclusiones tras el análisis de la jurisprudencia.

[152].- En síntesis, tres son las conclusiones:

Primera: La doctrina de la compatibilidad entre acciones generales y especiales, utilizada con relativa frecuencia por el Tribunal Supremo, no parece ser empleada en la actualidad. Téngase en cuenta, además, que se trataba de una doctrina en cierto modo confusa, por cuanto, según nos parece, fue utilizada con distintos significados.

Esta doctrina permite la superación de la distinción entre compraventa genérica y específica, dado que el comprador puede optar libremente por ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento o las edilicias. Nótese, asimismo, que ello supone admitir un sistema unitario de acciones, resultante de la unión de las de incumplimiento con las edilicias.

Segunda: El dato de la utilidad o inutilidad de la cosa es un criterio clave en la solución de los problemas de anomalías cualitativas de la cosa, a fin de proteger o no al comprador (arts. 1484 ss, 1096, 1101 y 1124, 1591.I y 1266 CC).

Asimismo, este argumento jurisprudencial contribuye a superar la distinción entre obligación genérica y específica, puesto que un mismo criterio, el de la inutilidad de la cosa, permite aplicar las acciones edilicias y la generales de incum-



plimiento. Téngase presente, también, que el Tribunal Supremo no parece dar relevancia, a si la obligación genérica se había o no especificado.

Lo cuestionable del empleo de este argumento, en relación a las acciones generales de incumplimiento, es que tras la aparente uniformidad del supuesto que con él crea el Tribunal Supremo, se esconde una variedad de casos de no fácil identificación. Ello le permite al Tribunal Supremo moverse con cierta flexibilidad, sin tener que mostrar, con claridad, cuál es el alcance de su doctrina. En cambio, al intérprete le impone la tarea de su determinación.

Recuérdese en este sentido, que, normalmente, la obligación del vendedor no se queda en el mero dar, siendo una obligación más compleja, que, además, suele abarcar un hacer. También es destacable la decisiva intervención que en los tratos preliminares pudo haber tenido el vendedor, en cuanto que afirmó cualidades en la cosa, llegando en ocasiones, incluso, a garantizar su existencia; etc.

Es pues normal, que la obligación del vendedor ofrezca cierta complejidad, y esto hace que en muchos casos encuentre justificación la calificación del incumplimiento, o al menos, la aplicación de su régimen. Posiblemente lo que ocurre, es que esa clasificación doctrinal que distingue la obligación genérica y la específica, salvo contadas excepciones, no se da en la realidad en toda su pureza. En el tráfico, las obligaciones son más complejas. A esto hay que añadir, la frecuencia, con la que la cosa objeto de compraventa es un bien fungible.

Tercera: En todo lo dicho hasta ahora puede encontrar justificación, la generalizada irrelevancia que el Tribunal Supre-

mo atribuye al hecho de que se pactara una obligación genérica o específica.

#### **8. Breves conclusiones del Capítulo II.**

[153].- Primera: La mayoría de la doctrina civil admite, como punto de partida, el distinto régimen de la compraventa genérica y específica en el supuesto de anomalías cualitativas de la cosa.

Dicho punto de partida no se desvirtúa con la admisión de la compatibilidad de las acciones edilicias con otras generales, puesto que la mayoría de los autores, que así lo entienden, refieren esa compatibilidad sólo a la acción por error vicio del consentimiento del art. 1266 CC, y no a las acciones generales derivadas del incumplimiento.

Sin embargo, algunos autores sí son partidarios de la compatibilidad entre las acciones edilicias y las generales de incumplimiento, superando de esta manera, implícitamente, la diferencia entre la obligación genérica y la específica, y conformando, en consecuencia, un sistema unitario de acciones por los defectos de la cosa.

Además, progresivamente van apareciendo voces, que reconociendo el sistema diseñado por el Código civil, entienden aconsejable, de 'lege ferenda', su supresión y la creación de un sistema unitario de acciones, cuyo ejemplo encarna, por excelencia, la Convención de Viena, de las Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. En el capítulo IV, desarrollamos estas opiniones.

Segunda: El Tribunal Supremo sí parece haber superado el distinto régimen de la compraventa genérica y específica. Ahora bien, no hemos localizado ninguna sentencia, en la que el alto Tribunal justifique expresamente esa superación.

RESOLUCION DEL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE  
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS  
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APTO. CON LA CALIFICACION~~  
MADRID, 11 de febrero de 1984

WPS  
Alonso Dr. Gamboa  
[Signature]  
[Signature]