

El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa

por

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

INTRODUCCIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DOLO

- Significado del dolo en Derecho Romano.
- El dolo como criterio de imputación de responsabilidad.
- El dolo como criterio para medir la cuantía de la indemnización.
- Dolo causal y dolo incidental.
- La culpa lata y su equiparación al dolo. La culpa lata y el Código civil.

II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

- Derecho Romano.
- Directrices de la evolución posterior.
- Dos ejemplos de una concepción amplia de la responsabilidad del vendedor:
 - 1) Una interpretación de la expresión «gastos ocasionados por la venta», utilizada por el Código civil francés.
 - 2) El sistema suizo. Consideraciones críticas sobre el mismo.
- Las normas del Código civil que delimitan el supuesto de responsabilidad.
- Interpretación doctrinal del supuesto de responsabilidad.
- El significado de la mala fe del vendedor.
- El deber de informar.

III. MANIFESTACIONES TÍPICAS DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

- A) La conducta dolosa del vendedor.
- B) La culpa y sus manifestaciones típicas. Deber de conocer o probabilidad de conocimiento.
 - a) La reticencia no intencional: El sentido del artículo 1.486 II.
 - b) El deber de conocer: Equiparación de la ignorancia crasa al conocimiento. El carácter craso de la ignorancia de los hechos notorios.—

La generalización del criterio del artículo 1.484.—El carácter recíproco de la diligencia exigible: Factores de diversificación.—Se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa: Alcance histórico y actual de la presunción.

- c) Responsabilidad por las cualidades atribuidas temerariamente a la cosa por el vendedor.
- d) Responsabilidad fundada en la impericia: «Imperitia culpa adnumeratur».—La impericia del comerciante-vendedor.—La impericia del fabricante vendedor.—El problema de la consideración de la impericia del fabricante en el contrato de compraventa: El ejemplo de la venta por el promotor o constructor-vendedor de pisos o locales terminados.—Justificación histórica de la responsabilidad del fabricante-vendedor.—Construcción de la responsabilidad del fabricante-vendedor: 1. La presunción de conocimiento. 2. El deber de conocer los defectos de la cosa. 3. Insuficiencia del criterio de la culpa.—El problema de la calificación del contrato: Consideraciones generales. Aproximación de la compraventa realizada por el fabricante al contrato de obra. Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del fabricante-vendedor. Consideración especial de la responsabilidad del 'constructor o promotor'-vendedor: Cuestiones generales que se plantean. Los remedios admitidos en la jurisprudencia. La responsabilidad del promotor-vendedor.

INTRODUCCION

Este trabajo continúa una línea de investigación iniciada en otro anteriormente aparecido en este Anuario (*), línea que gira en torno a la protección del comprador en el caso de venta de objetos defectuosos. Por ello quizá sea útil para el lector recordar los términos en que allí planteábamos el problema:

«Hay un fenómeno social que, con múltiples matices circunstanciales, la realidad nos ofrece con reiteración. Es frecuente que quien compra una cosa, la reciba con defectos que no pudo advertir al contratar o serle entregada, o careciendo de ciertas cualidades con las que podía contar. En tal situación han de producirse consecuencias desventajosas para el comprador. En primer lugar, la cosa no le presta la utilidad esperada, provocándole ello perjuicios diversos. Esa falta o disminución de utilidad se proyecta además sobre el contrato, haciendo excesivo el precio pagado o injustificados los gastos hechos con ocasión de él. Los defectos del objeto pueden, además, producirle daños, en su persona (ejemplo: accidente de automóvil por fallo de los frenos), en otros bienes de su patrimonio (ej.: aves pestíferas) o hacerle responsable por los daños que causen a la persona o patrimonio de tercero. Por ello, en todos estos casos, cuando las anomalías cualitativas del objeto revisiten cierta entidad, se justifica que al Derecho se le plantee el problema de la protección del comprador.»

(*) *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), XXXIII-3, pp. 585-686.

Ante este problema, las acciones edilicias (redhibitoria y quanti minoris) aseguran a todo comprador una protección sin duda útil, pero que, por su generalidad y carácter objetivo (al no tomar en cuenta si hubo o no culpa en vendedor) forzosamente tiene que estar concebida con su alcance insuficiente. Primero, por lo limitado de su plazo (sólo seis meses) en muchos casos insuficiente para descubrir el defecto de determinados objetos. Segundo por su recortado contenido, simplemente la reducción del precio o la rescisión de la venta (con la sola indemnización de los gastos del contrato) (art. 1.486). Los daños y perjuicios que haya podido sufrir el comprador por la compra del objeto defectuoso, quedan pues fuera del alcance protector de estas acciones.

Esta limitación de las acciones edilicias nos mueve a preguntarnos (continuando en la investigación ya emprendida): ¿cuándo responde el vendedor al comprador de los daños y posibles perjuicios sufridos por éste, a causa de los defectos o anomalías de la cosa?

Los posibles criterios de imputación de responsabilidad son aquí, como percibieron claramente los redactores del Código civil alemán [§§ 463, 480 (2)], el dolo y la atribución de cualidades a la cosa por el vendedor. Pero el simple enunciado de los mismos no supone más que un punto de partida, una primera aproximación, que carece de la deseable concreción, como demuestran el Derecho comparado. Las posibilidades de construcción que se esconden detrás de cada uno de estos criterios son mucho más amplias de lo que a primera vista podría parecer. Por ello vamos a limitarnos en este trabajo al estudio del dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa; por cierto, el único criterio tomado en cuenta por los redactores de nuestro Código civil en la regulación de la responsabilidad por vicios (cfr. arts. 1.486 II, 1.487, 1.488 II).

El dolo (como la mala fe a la que se refiere el art. 1.488 II de nuestro Código civil) es un concepto, cuando no equivoco, flexible y sometido, por tanto, a discusión; de ahí que su invocación ofrezca múltiples posibilidades en la configuración del supuesto de responsabilidad, lo que hace forzosa la elección. En esta elección yace un viejo conflicto de intereses entre comprador y vendedor que, globalizado en la sociedad actual, puede a menudo presentarse como un conflicto entre el sector de la producción o distribución y el sector del consumo. Esta globalización da perfiles nuevos al problema de la protección del comprador.

Una interpretación demasiado estricta al concepto de dolo (en el supuesto que contemplamos) que lo circunscribiese a los casos más graves, por la malicia o por la clara intención de engañar con que ha actuado el vendedor, nos parece que resulta insuficiente para ofrecer una razonable protección al comprador. Pero, como intérpretes, para poder ampliar los estrechos límites de ese concepto sin suplantarlo los criterios del ordenamiento por nuestros

propios criterios, es preciso contar con ciertos apoyos objetivos, si no directamente en la ley, al menos en los principios que inspiran y sustentan nuestro Derecho. A buscar ese apoyo se ha consagrado precisamente una buena parte del esfuerzo de este trabajo.

Movidos de esa finalidad protectora hemos intentado rescatar una vieja noción de Derecho, clave en materia de responsabilidad, que habiendo jugado un importantísimo papel a lo largo del Derecho histórico, vino a caer en la incomprensión y el olvido tras la codificación. Nos referimos a la noción de «culpa lata».

La culpa lata, junto al dolo, ha servido (por su especial gravedad, por el grado extremo de su negligencia que implica) para construir un criterio mínimo de imputación de responsabilidad y, consiguientemente, una exigencia ética no rebajable en el comportamiento social de las personas. Ese es el sentido de la reiterada equiparación de esta modalidad de la culpa al dolo, a menudo criticada por mal entendida.

Para poder entender mejor el concepto de dolo y de culpa lata nos hemos visto obligados a iniciar el trabajo con unas consideraciones generales en torno al dolo, hechas, fundamentalmente, pensando en los problemas que aquí nos preocupan. A ellas sigue, la delimitación del supuesto de responsabilidad. La abstracción de ese apartado ha intentado corregirse en el que le sigue en el que se estudian, en concreto, ciertas manifestaciones típicas (a la vista de la historia y de la práctica de los tribunales) de este supuesto de responsabilidad.

I

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DOLO

En Derecho civil son múltiples las aplicaciones concretas del dolo, reflejadas incluso en nuestro Código (1). Por ello, sin perjuicio de los intentos de unificación (2), el concepto de dolo se nos presenta también en la dogmática jurídica fraccionado por ámbi-

(1) En este sentido afirma CASTRO: «Desde siempre, puede decirse, con la misma palabra dolo se han expresado conceptos diferentes», *Negocio Jurídico* § 193. A continuación enumera los sentidos en que se utiliza, dentro de nuestro Código civil.

(2) Cossío intenta una «construcción unitaria del dolo dentro de nuestro Derecho civil», ya que el estudio de esta materia ha adolecido siempre de cierto casuismo estéril, *El dolo en el Derecho civil* (1955) p. 32.

En términos generales, considera Cossío que la función reparadora es la función que corresponde al dolo en el Derecho civil, mientras que la represiva es la que corresponde en el Derecho penal, *op. cit.*, p. 26; en esto se muestra de acuerdo con la opinión de ilustres penalistas, como DORADO MONTERO.

Tal criterio, que, quizá, ante todo esté pensando en una ordenación de futuro, no es ajustado al momento actual. En Derecho civil, del dolo no sólo se deriva la obligación de reparar, sino además, en muchos casos, efectos sancionadores, si no directamente buscados, sí, al menos, indirectos, resultado de la falta de protección a quien obró dolosamente.

tos de aplicación (3). Este desdoblamiento contribuye sin duda a que la doctrina haya podido profundizar más en cada una de sus manifestaciones, sin perjuicio de que, en el plano de los principios éticos que fundamentan el ordenamiento, pueda percibirse una unidad de sentido entre las diversas aplicaciones del dolo, manifestación de un principio básico en el que todas ellas se inspiran y apoyan, que, aplicado a los casos concretos, adopta diferentes técnicas de realización.

Dentro del Derecho de obligaciones, el dolo puede concebirse como un *vicio del consentimiento* o como una *causa de responsabilidad*, fundada en el carácter reprobable de una conducta. En este segundo aspecto, aún es preciso diferenciar el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, el dolo que incide en el período de formación del contrato (dolo incidental) y el dolo extracontractual. De estas tres manifestaciones sólo la segunda nos va a interesar aquí, es decir, el dolo incidental.

Advirtamos, por fin, que cuando se piensa en el dolo como conducta que genera responsabilidad, hay que separar dos funciones diferentes, que pueden ser invocadas aludiendo al mismo: Unas veces sirve el dolo para establecer un criterio (no el único, por cierto) de *imputación de responsabilidad*; otras, funciona como elemento para *medir la cuantía de la indemnización* en que se traduce la responsabilidad imputada.

Sobre cada uno de estos aspectos insistiremos más adelante.

SIGNIFICADO DEL DOLO EN DERECHO ROMANO

En Derecho Romano, por exigencias de su propia evolución, se encuentran diversos sentidos de dolo (4). Por un lado, se maneja una idea estricta, que contiene especiales dosis de malicia (*dolus malus*). Esta idea, de la que existen testimonios literarios (5) aparece elocuentemente recogida en la definición de LABEON, transcrita por ULPINO: «Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam» (6). Siendo éste el supuesto principal, también vamos a encontrar una extensión (7) de esta idea

(3) Así se ha podido afirmar que el dolo en cuanto vicio del consentimiento «no tiene nada que ver» con el que acompaña al incumplimiento, ALBADALEJO, *Derecho Civil II Obligaciones* 1.º (1977) p. 168.

Sobre los problemas que plantea la construcción del concepto de dolo en el Derecho de obligaciones, cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* I, 706 ss.

(4) V. SIBER, H., *Römisches Recht*, II (1928), 234.

(5) Por ej. CICERÓN, de off. 3,14,60: «C. Aquilius ... protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat: cum esset aliud simulatum, aliud actum».

Esta definición se asemeja a la de SERVIO, contenida en D. 4,3,1,2.

(6) D. 4,3,1,2.

(7) Cfr. JÖRS-KUNKEL *Derecho privado romano*, § 160.

de dolo en otros textos del Digesto (8). En todos estos casos nos hallamos ante un dolo concebido como delito por el Derecho Honorario, que concede a quien lo padeció una acción subsidiaria («si de his rebus alia actio non erit») (9), con la que se pretende evitar tanto el provecho de quien actuó dolosamente, como el daño de quien lo padeció (10).

Por efecto de la contraposición entre *dolus malus* y *bona fides* (11) presente en Roma, nos encontramos dentro de este sistema con una idea más amplia de dolo, que se va perfilando en la medida en que se va dando mayor acogida en el mismo a las exigencias de la buena fe. En efecto, hubo un momento en que las exigencias de renovación que planteaba el ordenamiento hubieron de ser cubiertas, dando un contenido más amplio a la buena fe (12). «La consecuencia de esto fue —como señalan JÖRS-KUNKEL— una importante ampliación del concepto del *dolus*». En esta fase el dolo «no sólo comprendía el acto antijurídico consciente, la conducta artificiosa y falaz, sino toda clase de deslealtad, todo obrar impropio de personas honradas» (13). Pieza clave en esta evolución serán los «iudicia bonae fidei», a los que corresponden acciones con «intentio incerta» que permiten al juez formular su condena según lo que la buena fe exija en el caso concreto. Pensando en estos «iudicia» ha podido sostenerse que «la conducta contraria a la *fides* es asimilada, en su efecto, al *dolus*» (14).

El dolo se utiliza también, como medida de responsabilidad. Así entendido, es «toda conducta mala y desleal» (15). Se contrapone a la culpa, entendida como falta de diligencia, y representa el grado más grave de la culpabilidad. Esta acepción del dolo responde a las necesidades de diversificar grados en la imputación de responsabilidad.

(8) Como ejemplos de ello cita SIBER: D. 4,3,20 pr.; D. 4,3,31; D. 4,3,7,6; D. 4,3,1,21; D. 4,3,7,3; D. 4,3,18,5; D. 4,3,19.

(9) D. 4,3,1,1.

(10) D. 4,3,1, pr.

(11) Ej. D. 17,2,3,3.

(12) La buena fe va a ser en Roma un importante elemento de evolución del sistema. Esto nos recuerda «un enfrentamiento que se producirá siglos más tarde entre el Derecho común y la práctica mercantil, ante el cual BARTOLO intentará buscar una justificación a esta práctica a través del *bonum et aequum*: «nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, omissis iuris solemnitatibus». Idea que, a su modo, recoge posteriormente STRACCA: «Sed illud non negabimus: quaestiones mercatorum ex bono et aequo cognoscendas esse, in quo genere plerumque sub autoritate iuris scientiae pernitiouse erratur». CALASSO, *Il negozio Giuridico* (1967), pp. 205-206, 313-314, 323-325.

(13) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 109, 2-b. Lo que ocurre es que los modelos romanos de honradez pensados para relaciones entre iguales, dejan un margen a la astucia (*dolus bonus*), peligroso en donde las relaciones jurídicas no se establecen en plano de igualdad.

(14) IGLESIAS, *Derecho romano* (1958), p. 458.

(15) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 110, 2.º.

EL DOLO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En la responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) el dolo aparece como un criterio de imputación. Nos lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, contenido en la fórmula, sin duda más amplia, que emplea el artículo 1.902 del C. c. También en la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente considerado en el artículo 1.101 y en otros concordantes. Por fin, en el aspecto que aquí más nos importa, el dolo es el fundamento básico (si no el exclusivo) de la responsabilidad *in contrahendo* (art. 1.270 II).

Mas que el dolo sea un criterio de imputación de responsabilidad, no quiere decir que sea el único. La responsabilidad civil puede traspasar los límites del dolo. Así ocurre, al menos, cuando se basa en el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, o deriva de actos dañosos causados fuera de una relación contractual (cfr. arts. 1.101, 1.103, 1.105, 1.902). En cambio, en la responsabilidad *in contrahendo* el supuesto de responsabilidad, como veremos, es más estricto y se circunscribe al dolo (artículo 1.270 II).

El que el supuesto de responsabilidad traspase, a menudo, los límites del dolo, abarcando a la culpa, hará que se minimice el papel del dolo como criterio de imputación de responsabilidad y se piense en él más bien como criterio para medir la cuantía de la indemnización (cfr. art. 1.107). En este sentido dice Díez PICAZO, a propósito del incumplimiento de las obligaciones: «La perpetuación de la obligación, la falta de exoneración del deudor, la transformación de la deuda en deuda de equivalente pecuniario y la responsabilidad en la medida del daño previsible no dependen en materia civil de la voluntariedad del comportamiento del deudor, sino de la simple ausencia de causas de inimputabilidad. Todo deudor, sea doloso, incida en simple incumplimiento sometido a las consecuencias jurídicas de su acción. El dolo es, pues, un criterio de la medida del incumplimiento: el resarcimiento se extiende y se hace integral» (16).

Con todo, no deja de tener sentido, no sólo teórico sino también práctico, considerar de modo separado al dolo, como criterio de imputación de responsabilidad. Es un criterio mínimo, correspondiente a un mínimo de diligencia exigible en la conducta de las personas, como puso de relieve el Derecho Común.

Es cierto, como hemos observado, que tanto la responsabilidad contractual como necesariamente la extracontractual, traspasa los límites del dolo; pero precisamnte en el caso que a nosotros nos

(16) Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* I (1970), 708. Insistiendo en esta idea afirma en ese mismo lugar: «Dentro del sistema del derecho de obligaciones el dolo del deudor no aparece como un elemento integrante del incumplimiento y de la lesión del derecho de crédito, ni tampoco como un presupuesto de la facultad del acreedor para reclamar la ejecución o el resarcimiento de los daños. Es más bien un criterio de agravación de la responsabilidad».

importa, el de la responsabilidad *in contrahendo*, el dolo viene a ser el principal criterio de imputación. El supuesto de responsabilidad tiene aquí por principal componente al dolo, aunque, por diversas razones, traspase, en alguna medida, los límites de un concepto demasiado estricto del dolo, concebido como conducta «gravemente» engañosa o maliciosa. Concepto estricto que, en cambio, se recibe en el Código cuando contempla la anulación del contrato por dolo causal («dolo causam dans»): «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave...» (art. 1.270 I).

En resumen, en la cuestión que en este trabajo se nos plantea que gira en torno a la responsabilidad *in contrahendo*, importa el dolo como principal componente de esa responsabilidad (dolo incidental, art. 1.270 II).

Otra razón que justifica separar al dolo de otros posibles criterios de imputación de responsabilidad (negligencia menos grave, responsabilidad objetiva), es la distinta posibilidad de previa exoneración que, con respecto a cada uno de ellos, tiene la autonomía de la voluntad. La responsabilidad derivada del dolo tiene un tratamiento peculiar y distinto. De antiguo se dice que el dolo se presta siempre (17), lo cual significa que la autonomía de la voluntad no puede alterar el régimen de responsabilidad por dolo, si bien aquí ha de tenerse sumo cuidado en distinguir los pactos de exoneración de la responsabilidad por dolo, de los pactos de configuración de la obligación (en materia contractual). En el Código civil, el principio aparece recogido en el artículo 1.102 y se puede conectar con los límites generales de la autonomía privada (art. 1.255), por cuanto «las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por dolo... supondrían permitir la libre comisión de un acto ilícito» (18), lo cual, obviamente, es algo que atenta contra los principios éticos que inspiran el ordenamiento. A esa razón fundamental, hay que añadir otra de carácter técnico que opera principalmente en las obligaciones contractuales. Si, como sostiene una buena parte de la doctrina, para que haya dolo en el incumplimiento de las obligaciones basta un incumplimiento voluntario no justificado y no es preciso un ánimo de dañar, permitir el dolo es dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo cual está prohibido en el Código civil (art. 1.256) (19). El dolo contribuye así a configurar unos deberes mínimos de conducta exigible a las personas.

Advirtamos, sin embargo, algo en lo que más adelante tendremos que insistir: No es sólo el dolo el que siempre se presta. Hay

(17) Cfr. P. 5,11,29; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.012, III (1852), p. 49.

(18) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I* (1970), p. 717.

(19) En la medida en que se deje al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de la obligación, no hay una verdadera obligación. Pero si la cláusula de exoneración no afecta al todo, sino sólo a algunos extremos de la obligación, habrá que considerar si se justifica la subsistencia parcial del resto, teniendo en cuenta la voluntad y la causa.

ciertos grados de culpa que han merecido en la historia y pueden merecer el mismo tratamiento que el dolo, lo cual ha justificado su equiparación al dolo. Ello si bien ha contribuido a desdibujar el concepto de dolo, a hacerlo equívoco, ha permitido establecer razonables límites a los pactos de exoneración de responsabilidad.

EL DOLO COMO CRITERIO PARA MEDIR LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN

El dolo es también un criterio para determinar la cuantía de la indemnización. Nuestro Código civil acentúa la cuantía del deber de indemnización en los casos en que exista dolo:

«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que coincidentemente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (art. 1.107).

La idea de sancionar al deudor doloso, ampliando los daños que deba indemnizar, es una idea presente en el Proyecto de 1851: «En caso de dolo, se extenderá la indemnización a los (daños y perjuicios) que hubieran sido conocidamente ocasionados por el» (20). Su fuente de inspiración es el Derecho francés; ya estaba recogida, aunque con distinto alcance, en el Código civil francés (21) y anteriormente cuenta con un precedente doctrinal tan influyente como POTHIER (22), inspirado en este punto en MOLINEO.

El efecto sancionador que se liga al dolo en el artículo 1.107 del Código obliga a separar, aunque sólo sea en el ámbito de la interpretación de los términos legales, lo que el dolo pueda ahí significar, de lo que significa como criterio de imputación de responsabilidad, aspecto al que aludimos anteriormente. Cuando pensamos, no ya sólo en reparar dentro de unos límites razonables el daño causado, sino en castigar una conducta, nos movemos en el ámbito de lo punitivo y hemos de construir de modo más estricto el concepto de dolo. No vamos a detenernos ahora en el estudio del concepto del dolo a que se refiere el art. 1.107 II, pues siendo distinto del que a nosotros puede interesarnos, basta con advertir su peculiaridad (23). Sólo con ese propósito diferenciador vamos a añadir algunas observaciones de utilidad.

(20) Art. 1.016, II, P. 51.

(21) Arts. 1.150, 1.151. La extensión que da el artículo 1.151 del Código civil francés a la responsabilidad en caso de dolo no coincide con la de nuestro Proyecto. En éste es más amplia, ya que se piensa que en el Codex de Justiniano (C. 7,47) no se trató de poner tasa o coto a la responsabilidad en los delitos, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.016.

(22) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 168.

(23) Un elemento importante a resaltar en el supuesto del 1.107, II es la intencionalidad. En efecto, la contraposición entre dolo (párr. II) y buena fe

La primera se refiere a la equiparación de la culpa lata al dolo. Principio tradicional que puede resultar razonable para ampliar el supuesto de responsabilidad en aquellos casos en que ésta se circunscribe al dolo (ej. en la formación del contrato) o para impedir respecto a la culpa lata, como sucede con el dolo, la exclusión de responsabilidad por el juego de la autonomía de la voluntad; pero principio que no tiene que extenderse necesariamente a los casos en que la ley trate de sancionar una actuación dolosa (24). Al menos no se puede, operando con él de modo abstracto, trasladarlo a estos casos, mecánicamente, para ampliar el supuesto sancionador. Se trata de un supuesto de dolo distinto y cuyo alcance hay que fijarlo de un modo directo por vía de interpretación.

Se observan también diferencias en cuanto a la prueba del dolo. Cuando se invoca el dolo como supuesto de responsabilidad, la dificultad de probarlo ha hecho que desde el Derecho Común se opere con presunciones. Presunciones que muestran su valor práctico en los casos en que la responsabilidad se centra en el dolo. Así ocurre en el caso de vicios ocultos, en el que históricamente se utilizan. Ahora bien, este modo de operar, a través de presunciones, justificable en estos casos, no puede generalizarse a todos los casos y funciones del dolo. Así, por ejemplo, en el dolo que produce la nulidad del negocio, la gravedad exigida por el Código (artículo 1.270 I), unida a la inseguridad que produce el efecto, impone operar con cierto rigor en el momento de la prueba. Y así el T. S. se ha mostrado contrario en este caso a las «meras conjeturas o deducciones» (25). De un modo parecido ha de ocurrir con el dolo que sanciona el párrafo II del artículo 1.107.

También se pueden notar diferencias en la responsabilidad por hecho ajeno. Una cosa es que en determinados casos, la conducta ajena imponga a un sujeto la obligación de resarcir a un tercero y otra bien distinta, que esa obligación de resarcir deba abarcar a lo que el resarcimiento, en un caso concreto, sea debido a la conducta dolosa del agente y constituya resarcimiento-sanción.

(párr. I), sólo se entiende dando a la buena fe un sentido subjetivo, caracterizado por la falta de intencionalidad en el sujeto, de donde *a sensu contrario*, el dolo significará aquí la intencionalidad. Esto no significa que en otros casos el Código no emplee los términos buena y mala fe con sentido distinto (objetivo).

Una interpretación diferente del art. 1.107 en Díez PICAZO: «No se comprende bien —afirma— que un deudor que por hipótesis es culpable, pueda ser calificado como *deudor de buena fe*. Un deudor de buena fe sólo puede ser un deudor que ha ajustado su conducta enteramente a los cánones o a los criterios éticos imperantes; un deudor que se ha comportado correctamente, honestamente y, por tanto, diligentemente. Este deudor, sin embargo, incide en responsabilidad», *Fundamentos*, I, n. 841, p. 702.

(24) No entenderlo así ha sido una de las causas impulsoras del movimiento contrario a la equiparación de la culpa lata al dolo, vid. ROBLÓT, *De la faute lourde en Droit privé français*, «Rev. Trim. de Droit civil» (1943), 1 ss.

(25) CASTRO, *Negocio Jurídico*, § 207.

DOLO CAUSAL Y DOLO INCIDENTAL

Los artículos 1.486 II, 1.487 y 1.488 II, contemplan un caso de dolo que podemos relacionar con el llamado dolo incidental a que se refiere el artículo 1.270 II C. c. De ahí nuestro interés por esta manifestación del dolo.

Con aparente falta de riguroso criterio sistemático trata el Código de la indemnización por razón del dolo incidental, dentro de la regulación de los vicios del consentimiento, que permiten la anulación del contrato. Podría pensarse que esa referencia es un mero residuo histórico, porque hayan prevalecido sobre la sistemática codificadora (26), las influencias de las clasificaciones históricas que desde el Derecho Común contraponen dolo *causam dans* y dolo *incidens* (27). Pero la razón de esa referencia es otra. Preocupa en la época de nuestra codificación reducir a justos límites un efecto que se considera justo, pero peligroso: la nulidad de los contratos fundada en el dolo. Expresando esta idea de modo abierto y manteniéndose, por tanto, dentro de un riguroso criterio sistemático, decía el P. 1851: «El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de éstos» (art. 993) (28). Luego el Código civil, sin dejar de destacar ese aspecto excluyente («sólo obliga»), atenderá también a los efectos propios del dolo incidental («indemnizar daños y perjuicios») (art. 1.270 II). Esta referencia, quizá casual, al dolo incidental en el artículo 1.270 II, va a significar una regla general (junto a otras especiales, como en el caso del saneamiento) que justifica la responsabilidad por la conducta dolosa de una de las partes en el período de formación del contrato.

Entre el *dolo incidental* que contempla el artículo 1.270 II y el *dolo causal* al que se refieren los artículos 1.269 y 1.270 I, hay, sin duda, elementos diferenciadores, pero también existen elementos comunes. Resaltar esos elementos comunes, debidamente ponderados los diferenciadores, puede sernos útil para entender mejor el supuesto de hecho del dolo incidental.

Para establecer esa comparación atenderemos separadamente

(26) Así, en otros Códigos como el francés, napolitano, sardo, de Vaud, holandés, de la Luisiana, prusiano, no se contempla en este lugar más que el dolo que da causa al contrato, sin aludir al incidental, cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* art. 992, III (1852), p. 25.

(27) Desde los glosadores, se diferencia entre el dolo que da «*causam contractui*» y el que no la da: así BULGARO, en su *Summula de dolo*, se refiere a la «*venditio, qui dolus causam dederit*», cfr. BOLLONO, en *Enciclop. del Diritto*, s.v. *Dolo*, II *Diritto intermedio*, p. 729.

La distinción se recoge en las Partidas (P. 5,5,57) y es utilizada por nuestros autores hasta el momento de la codificación; así, por ejemplo, HERMOSILLA, *Addiciones*, glosa 1.ª P. 5,5,57 (1726), p. 844, n. 28 y p. 845, n. 2; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 992, III (1852), p. 25; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, II (1886), p. 182; vid. MORALES, ADC (1980), p. 612.

(28) A GARCÍA GOYENA le preocupa que «puedan suscitarse muchos pleitos de nulidad, o rescisión so pretexto de dolo, con perjuicio de la estabilidad de los contratos», *Concordancias* art. 992 III (1852), p. 26.

a la caracterización de la *conducta* de quien ha causado el dolo y al efecto de la actuación dolosa.

a) El artículo 1.269 considera conducta dolosa en el dolo causal, las «*palabras o maquinaciones insidiosas*» que emplea uno de los contratantes. A lo cual añade el artículo 1.270 I una exigencia de gravedad de la conducta del sujeto (29). El 1.270 II, por el contrario, no nos dice qué es el dolo incidental, presupone su concepto; ni tampoco exige en él gravedad, por lo que esta característica, parece, más bien, propia del dolo causal. De ahí resulta una importante diferencia entre el «dolo causal» y el «dolo incidental». En el primero, a efectos de la anulación, la conducta del sujeto exige una actuación maliciosa, dolosa en sentido estricto. En cambio, en el segundo, a efectos de indemnización, se admiten, tanto esas conductas revestidas de especial malicia (a que se refieren los artículos 1.269, 1.270 I C. c.) como otras conductas en que, aun no habiendo malicia, por el grado de negligencia que implican (culpa lata) pueden considerarse equiparables al dolo, justificando la imputación de responsabilidad. Un mismo término, «dolo», al ser adjetivado de «causal» o «incidental» diversifica su sentido, e implica conductas reprobables en grados diferentes.

Como hemos podido advertir, el dolo incidental tiene un sector coincidente con el dolo causal (dolo en sentido estricto) aunque su ámbito sea más amplio. Ambos ofrecen la imagen de dos círculos concéntricos, lo cual permite aplicar en el sector común el efecto más general, la indemnización.

b) Las diferencias entre ambas formas de dolo se manifiestan también en las consecuencias que ha provocado la conducta dolosa, consecuencias que el Código sólo indica respecto al dolo causal (art. 1.269). En éste es, la *inducción a contratar* ejercida por un contratante sobre el otro, *determinante* de la celebración del contrato («es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas [palabras o maquinaciones insidiosas] no hubiera hecho»). En el dolo incidental el silencio del Código nos plantea alguna dificultad. En principio podemos dar como característica segura del mismo, por contraposición al dolo causal, que no existe inducción determinante de la celebración del contrato, y, por tanto, que la voluntad del sujeto que lo padece no está viciada. Esta idea extraída por exclusión, corrobora su exactitud consultando los antecedentes históricos. GARCÍA GOYENA la recoge en una definición histórica del dolo incidental que reproduce («sponte contrahit») (30) y, anteriormente, ocurre del mismo en HERMOSILLA («quis vendere volentem» (31). Mas los autores, junto a esa característica negativa, señalan un elemento positivo, efecto del dolo incidental; el *engaño* sufrido por un con-

(29) Véase CASTRO, *Negocio jurídico*, § 204.

(30) El dolo para GARCÍA GOYENA es incidente, «cum quis sponte contrahit, sed modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur», *Concordancias* art. 992 III, p. 25.

(31) HERMOSILLA, *Additiones* (1726), p. 845, n. 2.

tratante, *in modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter* (32). Engaño que no podemos considerar como algo exclusivo del dolo incidental, pues como dicen las Partidas: «*Dolus* en latín, tanto quiere decir en romance como *engaño*» (33).

De lo anterior puede extraerse una conclusión. Si tanto en el dolo causal como en el incidental existe un engaño provocado (de modo más o menos intencionado) por un contratante en el otro, que puede justificar una indemnización, la reparación del daño causado no es efecto exclusivo del dolo incidental, y también parece posible en el dolo causal. La manera de expresarse el artículo 1.270 («el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios») no significa que la indemnización sea un efecto *exclusivo* del dolo incidental, sino más bien que es el *único efecto* admitido en esta forma de dolo. Por tanto, es posible, que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización (34). También le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés. No es posible establecer, por tanto, una absoluta oposición entre el dolo causal y el dolo incidental.

Incluso existen autores para los que la diferencia entre ambas categorías es artificial. Porque, como señalan WEILL-TERRÉ, «es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, y la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El llamado dolo incidental es también determinante ya que, sin él, el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones». Si en la garantía por vicios ocultos el comprador puede conseguir que se deshaga el contrato, no se comprende por qué la víctima de un dolo no se puede beneficiar de la misma ventaja (35).

Esta observación se hace más útil en la medida en que se admita que la indemnización, en los casos de dolo incidental, puede consistir en la resolución del contrato, o si se destaca en tales casos —como a veces hace nuestro Tribunal Supremo— la insatisfacción

(32) CASTRO caracteriza al dolo incidental como aquél que «afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato». *Negocio jurídico*, § 204.

(33) P. 7,33,11. El término «engaño» añade a su significación penal (P. 7,16) un aspecto civil. Una nítida separación del aspecto civil y penal se percibe en la regulación de los plazos de prescripción de las respectivas acciones (P. 7,16,6). Como término penal, «engaño es una palabra general que cae sobre muchos yerros que los omes hacen que non ha nomes señalados» (P. 7,16 princ.). Se define como «enartamiento que los omes hacen unos a otros por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas que dicen con intención de los engañar, o delos decir» (P. 7, 16,1 : D. 4,3,2,1). Un aspecto muy importante de esta consideración penal son los engaños que se producen en la celebración de los contratos, utilizados por un contratante para defraudar al otro (Cfr. P. 7,16,7). En otros lugares del texto legal se consideran sus consecuencias civiles (validez de la venta, «enmienda del engaño») (Cfr. P. 5,5,12; 57; 63; 64).

(34) Así lo admite la jurisprudencia francesa; en tal caso no se aplica el plazo de caducidad, v. WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les obligations* (1980), p. 218.

(35) WEILL-TERRÉ, *Op. cit.*, n. 184, pp. 214-215.

del interés del acreedor (que padeció el dolo) para entender que hay incumplimiento (por parte de quien lo provocó).

LA CULPA LATA Y SU EQUIPARACIÓN AL DOLO

Junto al dolo, parece obligado tratar también, brevemente, de la culpa lata, ya que la misma se ha solido equiparar a aquél. Tal equiparación tiene para nosotros un enorme interés, pues sirvió históricamente para ensanchar el supuesto de responsabilidad de que aquí tratamos. Por esa equiparación responde, no sólo el vendedor que intencionadamente engaña al comprador, supuesto de dolo en sentido estricto, sino también el que incide en culpa lata.

Los orígenes del propio concepto de culpa lata y de su asimilación al dolo se encuentran en el Derecho Romano. Son muy numerosos los textos del «Corpus Iuris» en los que se maneja esta noción de culpa (*culpa lata, culpa dolo proxima*) y se equipara al dolo (36). Quizá de todos ellos, el que de modo más elocuente nos la define, sea un texto del Digesto atribuido a ULPIANO que dice así: «Culpa lata est nimia negligencia, id est, non intellegere quod omes intelligunt» (37). La equiparación entre la culpa lata y el dolo parece ser, según nos indican los especialistas, un resultado tardío en la evolución del sistema romano (38), aunque no falta quien advierte, ya en el Derecho clásico, una tendencia a extender la responsabilidad por dolo en ciertos casos de culpa (39). Sea cual fuere la exactitud de estas apreciaciones, lo que aquí a nosotros más nos importa destacar es la nitidez con que se nos muestra la equiparación en el Derecho justiniano: «magna negligencia culpa est; magna culpa dolus est» (40).

Además de la *culpa lata*, las fuentes justinianas recogen otros tipos o grados de culpa: *Culpa in concreto* (diligentia quam in suis rebus adhibere solet) (41). *Culpa levis, culpa levisima*. En opinión de JÖRS-KUNKEL, estos grados de culpa son seguramente «derivaciones de distinciones clásicas cuyo fin era, presumiblemente, delimitar la extensión de la *bona fides* en cada uno de los *bonae fidei iudicia*» (42); lo cual nos hace advertir que estas graduaciones de la culpa donde adquieren sentido y prestan mayor utilidad, es, fundamentalmente, en el marco de la responsabilidad contractual.

(36) Una amplia enumeración puede verse en KASSER, *Das römische Privatrecht*, § 258,4.

(37) D. 50,16,213,2.

(38) Véase, por ej., SIBER, H., *Römisches Recht, II, Römisches Privatrecht* (1928), p. 244.

También es opinión extendida entre los no especialistas, cfr. MAZEAUD-TUNC, *Responsabilité civile I* (1965), § 414, p. 482.

(39) Así, KASER, *op. cit.*, § 118,3 invocando, Cels. D. 16,3,32; también IGLESIAS, *Derecho Romano* (1962), p. 460; JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano*, § 110,3.

(40) D. 50,16,226.

(41) Contribuye también a agravar la responsabilidad por dolo, y, a veces, puede llegar a imponer la más extrema diligencia, KASER, *Op. cit.*, § 258, 3.

(42) JÖRS-KUNKEL, *D. privado romano*, § 110-3.

Las ideas romanas en torno al dolo y la culpa serán reelaboradas por el Derecho común y continuarán vivas, más o menos transformadas, hasta el momento de la codificación. El que el nivel de diligencia exigible en cada una de las diferentes obligaciones no sea homogéneo impone, como ya se advirtió en Derecho romano, una diversificación en grados de la culpa, según el nivel de diligencia exigido, y unos criterios para determinar, en cada caso, el nivel de diligencia impuesto al sujeto. Respondiendo a esta necesidad de diversificación, en el Derecho común se ofrecen múltiples clasificaciones de los grados de culpa. Quizá de todas ellas, la que para nosotros despierte mayor interés, por estar recogida en las Partidas, sea la que establece tres grados de culpa: culpa lata, culpa leve y culpa levísima (43). Su influjo perdura hasta el momento de la codificación. Cada uno de estos tres grados de culpa se define así en el texto legal: «*Lata culpa* tanto quiere dezir, como grande e manifiesta culpa, assi como si algún ome non entendiesse todo lo que los otros ome entendiessen, o la mayor partida dellos... Otrosi dezimos, que yha otra *culpa* aque dizen *levis*, que es como pereza, o como negligencia. E otra yha aque dizen *levissima*: que tanto quiere dezir, como non aver ome aquella femencia en alfiñar, e guardar la cosa que otro ome de buen seso avria si la tuviesse» (44). La claridad de esta ley (dejando a un lado posibles dificultades de aplicación) se empaña en otras de las Partidas (45), que la Glosa intentará explicarnos (46).

(43) Nuestros autores tienen presentes otras clasificaciones que no siguen. Así la de BARTOLO (autor muy tomado en cuenta en esta materia), que distingue cinco especies de culpa: *latissima* (dolo), *latiore* (dolo presunto), *lata*, *levis*, *levissima*. O la que se atribuye a MYNSINGER y recoge DONELLO que, impugnando la anterior, sólo admite dos tipos de culpa: *culpa lata* y *culpa levis*. Véase HERMOSILLA, *Notae Additiones et resolutiones*, P. 5,2,2, Glosa II, n. 4,5, que, frente a estas posiciones, defiende, como otros autores, una clasificación tripartita de los grados de la culpa.

(44) P. 7,33,11. Los conceptos de culpa que se recogen en esta ley, quizá por su mayor sencillez y arraigo, son los más recordados en nuestra doctrina decimonónica; así, véase, por ej., GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.005, III (1852), p. 41; GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), pp. 61, 62; ESCRICHE, *Diccionario*, s.v. *culpa*.

(45) Así, por ejemplo, en P. 5,2,2, las categorías culpa leve y levísima que utiliza (aunque sin nombrarlas) funcionan no en relación con modelos abstractos de diligencia (como en P. 7,33,11), sino referidas a la conducta que normalmente adopta en sus propios asuntos el comodatario. El nivel de diligencia que corresponde a la *culpa levísima* impondría, según esta Ley, en el supuesto concreto del comodato, «guardar (el objeto) tan bien como si fuere suyo propio, e aún mejor si pudiere» (máxima diligencia que sea capaz de desplegar el comodatorio, puesta de manifiesto, al menos, por la que demuestra tener en sus propios asuntos). Y en el que corresponda a la *culpa leve*, la diligencia en los propios asuntos funciona como límite: «non es tenuto de guardarle más, que faría las sus cosas propias», «así como lo suyo».

En cambio, cuando es oportuno aplicar al comodato el nivel de diligencia correspondiente a la *culpa lata*, el comodatario, si se pierde el objeto prestado «non es tend(o) de lo pechar; fueras ende, si lo dejare perder engañosamente», esto es, según la Glosa de GREGORIO LÓPEZ, por dolo o culpa.

(46) La consideración «in concreto» de la culpa leve y levísima resulta poco clara. Por eso no es extraño que GREGORIO LÓPEZ, en sus Glosas a la Ley P. 5,2,2, la interprete «in abstracto», según P. 7,33,11.

Los autores contribuirán con su interpretación a explicar esta noción legal. La culpa lata se presenta como una desviación del grado mínimo de diligencia exigible. La definición romana («non intelligere quod omnes intelligunt») se matizará por la doctrina entendiendo el «quod omnes intelligunt», no sólo en relación con el «cuidado y diligencia que todos los hombres, aún los menos solícitos, suelen poner en sus cosas o en sus negocios (47), sino también con la «quan communiter solent abhibere homines illius artis et professiones» (48) Así, el nivel de diligencia exigible que corresponde a la culpa lata, en cierto modo, se diversifica según la profesión y la posición de las personas, como puede percibirse en la definición que de la misma nos ofrece BARBOSA: «Culpa latam esse deviationem ab ea diligentia, quam communiter habent homines, qui sunt ejusdem professionis et conditionis» (49). Notemos cómo, en los retoques que sufre el concepto de culpa lata para, a través de ella (por su equiparación al dolo), poder justificar la responsabilidad del profesional, se sustituye para los profesionales el criterio de la diligencia mínima, criterio que puede valer para el resto de los hombres, por el criterio medio de la diligencia que comunmente suelen practicar los hombres del mismo arte o profesión, criterio, por fin, que en un orden lógico, en lugar del funcional que inspira la clasificación, parecería más próximo a la culpa leve.

Las otras dos categorías de culpa, *culpa levis* y *levisima culpa*, que se corresponden, respectivamente, al nivel medio (el del padre de familia diligente) o máximo («quam diligentissimus ac industrius partefamilias in rebus suis adhibet») (50) despiertan para nosotros menor interés, lo que hace que no nos detengamos en el estudio de ellas. Pero como aspecto curioso conviene advertir cómo el modelo del diligente padre de familia, tan localizado en un modelo social, se sustituye por otros más concretos y diferenciados que permiten matizar en cada caso, con mayor justicia, el grado de diligencia exigible y el correspondiente nivel de culpa. Con esta intención se manejan conceptos clasificatorios como la condición de las personas, su nivel de conocimientos, su cualificación profesional Recogiendo estas ideas YÁÑEZ DE PARLADORIO, que sigue a BARTOLO, define la culpa leve como «debiatio incircumspecta ab ea diligentia quam adhibere solent homines diligentes ejus conditionis» (51); y la levisima: «debiatio incircumspecta ab ea diligentia quam habent homines diligentes et diligentissimi ejusdem cognitionis, seu professionis» (52).

(47) ESCRICHE, *Diccionario s. v. culpa*.

(48) HERMOSILLA, *Notae, Additiones et resolutiones...*, P. 5,2,2, glosa II, n. 8,9,10 (1726), p. 178.

(49) BARBOSA, *Colectanea in Codicem Justiniani*, lib. 4, tít. XXXIV, n. 15.

(50) HERMOSILLA, *Notae, Additiones et resolutiones*, P. 5,2,2, glosa II n. 8,9,10.

(51) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Opera Juridica, seu rerum quotidianarum*, Ginebra (1734), pp. 370-371, n. 9.

(52) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Op. cit.*, pp. 370-371, n. 11.

En las Partidas, como en el Corpus Iuris, se equipara la culpa lata al dolo: «Tal culpa como esta es como necesidad que es semejanza de engaño» (53). La equiparación, por su carácter general, podrá ser matizada, interpretada y hasta excluida en otras disposiciones más concretas. En este sentido afirmaba GREGORIO LÓPEZ: «Ubi requiritur dolo ex proposito non sufficit culpa lata» (54).

La equiparación de la culpa lata al dolo puede concebirse en dos sentidos diferentes, según se la considere simplemente como una presunción *iuris tantum* en la prueba del dolo o como un criterio para sancionar determinadas conductas que, sin revestir directamente la malicia del dolo, merecen el mismo trato que él. La prueba de la intencionalidad propia de la conducta dolosa es ciertamente difícil y aconseja acudir a las presunciones (de hecho y de derecho). En este sentido no comportarse en los asuntos de otra persona, como la gran mayoría de los hombres se comporta en los propios, dando muestra, en el caso en que no hubiera mala fe, de una gran estulticia, es ya bastante significativo y justifica que el juez, en sus apreciaciones, o la Ley presuman el dolo. Pero si nos movemos en el orden de una presunción hemos de admitir la prueba en contrario, la demostración de que, a pesar de todo, el sujeto carecía de mala intención, y con ella la exoneración de responsabilidad. No es precisamente en ese plano en el que nuestra Ley de Partidas sitúa la equiparación que estamos considerando. La equiparación de la culpa lata al dolo no admite ahí prueba en contrario: «Sería por ende en gran culpa de que no se podría excusar» (55).

La razón de tal equiparación puede hallarse en la significación desfavorable que, al igual que el dolo, merece para el Derecho la máxima negligencia que esta culpa comporta; lo que hace que funcione como mínimo de responsabilidad. Como consecuencia se responde al menos por ella en todos los contratos, sin perjuicio de que en algunos, por la utilidad que de ellos obtiene el deudor, le sea exigible un mayor grado de diligencia, que puede traducirse en la responsabilidad por culpa leve o hasta levísima (56). Se extiende también a la responsabilidad de los contratantes en el período

(53) P. 7,23,11. Tener en cuenta lo que al principio de esta misma Ley se dice: «Dolus en latín, tanto quiere dezir en romance, como engaño...».

(54) GREGORIO LÓPEZ, P. 7,23,11 glosa a «semejanza de engaño».

(55) P. 7,23,11.

(56) El grado de culpa por el que responde el deudor en cada obligación se hace depender del *criterio de la utilidad*; es decir, varía según que la utilidad derivada del contrato sea en favor del acreedor, de ambas partes, o solamente del deudor. La *culpa lata*, como se presta en todos los contratos, se prestará incluso en aquellos en que, como ocurre en el depósito, la utilidad es sólo del acreedor (P. 5,3,3). La culpa leve en los que la utilidad es de ambos contratantes, como ocurre en la compraventa, arrendamiento, sociedad... La levísima, en aquellos en que la utilidad es sólo del deudor, como normalmente en el comodato (cfr. P. 5,2,2). Sobre esto, véase: ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. *culpa*; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil II* (1886), p. 191-192; GUTIÉRREZ, *Códigos IV* (1877), p. 63.

do de formación del contrato (dolo incidental): La buena fe, la lealtad en los tratos, impone a los contratantes el deber de información en cuanto a aquellos extremos que puedan afectar al interés que para cada uno de ellos queda justificado en base al contrato. En concreto, al comprador le interesa conocer la verdadera situación de la cosa, sus posibles defectos, sus cualidades, su utilidad y rendimiento... El vendedor debe informarle de ello, y responde tanto por lo que intencionadamente oculta o disimula, cuanto por lo que fácilmente podía e incluso debía conocer, según sus circunstancias personales. Es decir, responde por dolo y por culpa lata. Por fin, la equiparación de la culpa lata al dolo tiene en nuestro derecho histórico otro importante efecto: las partes no pueden pactar la exoneración de responsabilidad derivada de esa forma de culpa. El Tribunal Supremo así lo destaca en Sentencia de 2 julio 1875 (57).

La culpa lata y el Código civil

Las clasificaciones históricas de la culpa van a ser duramente atacadas en Francia antes de la codificación (58), lo cual hará que no se acuda a ellas para regular la responsabilidad contractual ni en el Código civil francés ni en el nuestro (60). Sin embargo, el sistema histórico de la responsabilidad contractual difícilmente podía superarse por completo, con eludir los nombres y las clasificaciones de la culpa (61). Hay principios básicos, capaces de mantenerse por sí solos; entre ellos el que subyace en la equiparación de la culpa lata al dolo.

La idea de que, al igual que ocurre en el dolo, existen ciertos

(57) En este caso el responsable es un mandatario que se hace cargo de un paquete que contiene 10.000 pesetas, para entregarlas a una determinada persona en otra localidad, por cuyo descuido, abandonando en el carruaje la cartera en que se contenía sin tomar las más elementales precauciones, el paquete se pierde y no puede llegar a su destino. El TS entiende «que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída, la advertencia o protexta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia»; y debe «prestar la culpa lata», ya que «esta clase de culpa se presta en todos los contratos, y ... equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos».

(58) Cfr. RODIERE, *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats*. Rev. Trim. Droit Civil (1954), p. 292; RENÉ ROBLLOT, *De la faute lourde en Droit privé français*, Rev. Trim. Droit Civil (1943), p. 3. Las críticas más duras al sistema tripartita de prestación de culpa provienen de LEBRUN, en su «*Essai sur la prestation des fautes*» (1764), que mantiene una postura contraria a POTHIER.

(59) Cfr. arts. 1.137 y 1.148 C. c. francés.

(60) Entre nuestros autores decimonónicos, BENITO GUTIÉRREZ se hace eco de los ataques dirigidos en Francia a la clasificación de las culpas, *Códigos IV* (1877), p. 62. También GARCÍA GOYENA considera «desterradas ya las tres especies de culpas o negligencias», *Concordancias*, art. 1.013, III (1852), p. 49.

(61) Mas, si se tiene en cuenta que «salvo lo que concierne a la división de las situaciones contractuales conforme a la clasificación tripartita de prestación de las culpas, el Código civil (francés) ha seguido fielmente a POTHIER» (RODIERE, *Op. cit.*, p. 205), autor que precisamente defendía la división en grados de la culpa.

niveles de culpa de los que no se puede exonerar el deudor (que es, precisamente, el sentido de la equiparación de la culpa lata al dolo), es una idea afirmada en la práctica de nuestro Tribunal Supremo a finales del siglo XIX y recibida en nuestro Código Civil (62). Después de haber afirmado el artículo 1.012 que la «responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones», con la importante consecuencia de que «la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula», el artículo 1.013 reitera que «la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones», aunque «podrá moderarse por los tribunales según los casos».

Del artículo 1.013 puede inferirse: 1. Que la culpa admite niveles más o menos exigentes, en cuanto a diligencia. 2. Que no obstante, se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones. Conjugando una y otra proposición resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad (63).

Puede quedarnos la duda de qué significa la facultad «moderadora» de los Tribunales. Pues si se entiende que los Tribunales gozan aquí de unos poderes totalmente discrecionales (64), resultaría muy difícil de fijar una categoría mínima de diligencia. Quedaría desdibujada en una casuística inhilvanable.

Mas la moderación de los Tribunales no supone discrecionalidad, exclusión de una regla o principio jurídico (65). Puesto que el nivel de diligencia varía de una obligación a otra, a los Tribunales corresponde determinar cuál es el nivel exigido en cada caso; y más concretamente, calificar como negligente el comportamiento de un deudor (en función de la diligencia exigible), para poderle imputar responsabilidad. Esta actividad moderadora no es discrecional; se realiza aplicando normas jurídicas.

(62) En contra se ha afirmado: «Nuestro C. c. no da ... base alguna para entender vigente la máxima "culpa lata dolo aequipatur", por lo cual, en principio, debe mantenerse que dolo y culpa grave son hipótesis jurídicas diversas», Díez PICALO, *Fundamentos I*, n. 853, p. 718. En parecida dirección, CASTÁN, *Derecho Civil III* (1967), p. 171, citando a MANRESA, sostiene que la exoneración de la culpa es siempre posible, por extremada que sea, con tal de que no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo. También para TRAVIESAS, «El Cód civil español no contiene ningún precepto que excluya la posibilidad de la renuncia a la acción por culpa», RDP. (1926), p. 291, col. 2; apreciación que reitera GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (1965), pp. 142, 144. Si bien ambos autores intentarán, por otro camino, recortar las consecuencias, invocando los límites generales a la autonomía de la voluntad, GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 146. Con respecto al seguro, vid. ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa* (1977), p. 281.

(63) LACRUZ es partidario de la equiparación de la culpa lata al dolo, *Elementos II-1* (1977), p. 104.

(64) Cfr. CASTÁN, *Op. cit.*, p. 169.

(65) ALBADALEJO, *Derecho civil II-1* (1977), p. 172.

II

DELIMITACION DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

DERECHO ROMANO

En Roma las exigencias de la buena fe están presentes en el derecho de obligaciones.

Operan a través de la acción de dolo, de carácter penal (65 bis) y subsidiario (si de his rebus alia actio non erit) (66); pero en la compraventa (negocio de buena fe), en un momento no bien precisado (67) también llegan a operar a través de la propia acción del contrato («actio empti») en cuya fórmula se condena al «quidquid dare facere oportet ex fide bona».

El Derecho Romano supo comprender que las exigencias de la buena fe en los contratos no se limitan a la fase de su cumplimiento, sino que existen también durante los tratos y en el momento de contratar. Así nos lo recuerda ARANGIO-RUIZ, utilizando ejemplos relacionados con el estado cualitativo de la cosa: «Del carácter de buena fe de las acciones resulta el que se atribuyan no sólo por el incumplimiento de una de las partes relacionado con las obligaciones nacidas del contrato, sino también por el *comportamiento malicioso* desplegado por una de ellas, particularmente el vendedor, en el momento de la convención, ocultando los defectos de la cosa objeto de los tratos, o haciéndola aparecer, *fraudulentamente*, provista de cualidades de las que en realidad carece» (68).

Mas el reconocimiento de las exigencias de la buena fe en la etapa de formación del contrato no prejuzga su alcance. Como ya hemos señalado, la invocación de la buena fe puede significar, tan sólo, la exclusión de la malicia, el fraude o el engaño: el dolo en su sentido más grave y estricto. Pero puede también significar la exigencia de otros deberes de conducta.

En Roma la llamada al arbitrio judicial (69) que encierra el «quidquid dare facere oportet ex fide bona» contenido en la fórmula de los «iudicia bonae fidei», hubiera podido permitir ampliar las exigencias de cooperación del vendedor en sus tratos con el comprador, más allá de la pura abstención del engaño, como exigencia de la buena fe; pero no parece que ocurra así. El sistema se muestra más generoso en el desenvolvimiento de los deberes de conducta en la ejecución del contrato (70) que en su formación. En este momento sólo parece preocuparle la sanción del comportamiento malicioso del vendedor, olvidando otros deberes de cui-

(65 bis). Cfr. KASER, § 146, IV.

(66) Cfr. D. 4,3,1, princ. y 1.

(67) Véase HAYMAN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlín (1912), p. 44; utiliza textos literarios.

(68) ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, p. 211.

(69) Cfr. JÖRS KUNKEL, *D. Privado Romano* (1937), p. 238.

(70) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano* (1937), pp. 253-254.

dado y diligencia (71). Así se pone de manifiesto en algunos textos de las fuentes (72) en los que en el momento precontractual el dolo aparece caracterizado, en su sentido más grave, como reticencia o engaño.

Ello puede responder a una característica de la mentalidad latina. CALASSO ha destacado, en contraste con la mentalidad bárbara, su natural inclinación a la argucia y subterfugio, ante la cual el formalismo en la contratación quizá pudo servir para «llamar la atención acerca de la seriedad e inmutabilidad de las obligaciones asumidas» (73). DE LOS MOZOS, desenvolviendo y generalizando aún más esta idea, llega a afirmar que en la mentalidad itálica «se presta mayor atención a la buena fe en el cumplimiento que en la configuración misma del negocio» (74).

Esta idea quizá deba relacionarse con la exaltación que se hace en la mentalidad romana de la riqueza de los particulares, por considerarla la base del interés económico general. CICERÓN llega a sostener que las riquezas de los particulares son las riquezas de la Ciudad (75). Y, siguiendo el testimonio de ECATÓN, nos presenta como sabio al que cuida de su hacienda (76). También considera hombre de bien («vir bonus»), a aquel que aprovecha a cuantos puede, sin hacer agravio a nadie (77).

La búsqueda del interés individual tiene, en Roma, sin duda, límites. No se justifica cuando con ella se actúa «contra mores, leges, instituta». Como ocurre si se emplea dolo en los tratos para aumentar el lucro del contrato. El «dolus malus» se castiga, pero la lógica del sistema contribuye a que sólo se sancionen las conductas más graves, y en cambio se justifiquen otras por la idea de la defensa del propio interés («dolus bonus») (78).

Concluiremos con una observación: El mundo de los tratos se concibe en Roma como una lucha entre las partes, en la cual cada una de éstas ha de ingeniárselas para defender por sí, su propio interés (15) y en la que el sistema se limita a la persecución de las conductas más graves («dolus malus»), creando unas mínimas reglas de juego limpio. Frente a este planteamiento cabe otro distinto: El Derecho, reconociendo el hecho de la contraposición de intereses entre las partes, ha de «intentar» encauzarla y superarla,

(71) Cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht* (1971), § 114, IV, 3, 131, II, 2 y (1959) § 264, V, JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano*, § 144, 2, HAYMAN, *Op. cit.*, pp. 44 ss.

(72) Por ejemplo, D. 4,3,37, D. 19,1,13,1, D. 19,1,11,15, D. 19,1,1,1, D. 19,1,4 pr., D. 19,5,5,2 (fine), D. 21,1,4,4, D. 21,1,1,9.

(73) *Il negozio giuridico*, Milán (1967), p. 180.

(74) *El principio de la buena fe*, Barcelona (1965), p. 100.

(75) «Singularum enim facultates et copiae, divitiae sunt civitatis», *de off.* 3,15.

(76) «Sapientis esse, nihil contra mores, leges, instituta facientem, habere rationem rei familiaris», *de off.* 3,15.

(77) «Vir bonus est is, qui prodest, quibus potest, nocet nemini», *de off.* 3,15.

(78) En esa lucha, el «dolus bonus» tiene cierto carácter defensivo.

si fuera posible, a través de su ordenación. Para ello habrá de imponer un modelo de conducta leal en los tratos, sobre la base no de la contraposición de intereses, sino de la *colaboración*.

DIRECTRICES DE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR

En el Derecho Común y más tarde en el Humanismo se va a producir una evolución, que partiendo de los propios textos romanos, encontrando conexiones entre ellos y haciendo generalizaciones, va a permitir ensanchar el supuesto de responsabilidad. En el Derecho Común vamos a encontrar una serie de reglas concretas (contenidas a menudo en concisas fórmulas latinas) cuya utilización conduce a ese ensanchamiento. Luego se recogen por los autores posteriores con algunas transformaciones y se hacen presentes, a través de la codificación, en el Derecho actual. Intentar articular estas reglas concretas dentro de unos grandes principios, no cerrados, sino en abierta evolución, puede ser una tarea útil para su mejor comprensión y para su posible utilización. Eso es, precisamente, lo que a continuación vamos a intentar.

La evolución que a partir del Derecho Común se produce va a ser contemplada desde dos vertientes distintas: de un lado la relación vendedor-comprador, en sí misma considerada. De otro, la conexión de esta relación y en particular de la responsabilidad del vendedor, con la organización general de la sociedad. Naturalmente este segundo aspecto aparece sólo parcialmente percibido.

1. *El deber de colaboración entre vendedor y comprador.*—Las reglas del Derecho Común nos permiten constatar en qué medida se abre paso, por encima de la lucha de intereses, un deber de colaboración del vendedor y comprador en el momento de la celebración del contrato.

El alcance de este deber se percibe con el estudio de sus aplicaciones concretas, en la última parte de este trabajo.

Con respecto al vendedor se va a destacar con énfasis, la exigencia de informar al comprador sobre el estado de la cosa. Tal exigencia de colaboración no se limita a transmitir los datos que el vendedor conoce, sino que, más allá de lo conocido, en cierta medida, se va a imponer al vendedor un deber de conocer.

De otro lado, por lo que se refiere a las actividades o maquinaciones fraudulentas del vendedor, se va a producir una evolución en la construcción de la responsabilidad por las afirmaciones inexactas, aún en los casos en que el vendedor no perciba esa inexactitud.

También se van a destacar ciertos deberes de conducta del comprador, cuyo incumplimiento le impide reclamar.

El deber de colaboración a que venimos aludiendo se ha podido desenvolver gracias a una visión nueva de la buena fe (79).

2. *La dimensión social del problema.*—El segundo aspecto a que nos referíamos, el de conexión del problema de la responsabilidad del vendedor con la organización general de la sociedad aparece reflejado, certera aunque parcialmente, en la construcción de la responsabilidad del artesano y del propio comerciante. A ello contribuirá de modo decisivo el humanismo francés.

La idea aparece reflejada en el pensamiento de MOLINEO:

«Reipublica exit, ut teneantur, si vel ignoranter peccent in arte, vel professione sua, alios damnificando, quod etiam ipsa naturalis iustitia dictat» (80).

Pero observemos en esta dimensión social de la responsabilidad por vicios, que la responsabilidad del vendedor no resulta de una exigencia de proteger a los compradores o a un sector de ellos, asumida como principio de organización social, sino que es un efecto del significativo papel que se atribuye a las distintas profesiones en la organización de la sociedad y del modo estricto de concebir sus deberes profesionales. Lo que ante todo se intenta destacar es que nadie puede profesar públicamente un arte si no reúne todos los conocimientos necesarios para ejercerlo como corresponde, regla que tiene en la doctrina de la época el carácter de una exigencia pública (81), que como medio de mantenerla y preservarla aconseja establecer un sistema más rígido de responsabilidad, *quod naturalis iustitia dictat* (82).

DOS EJEMPLOS DE UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR

En el Derecho comparado podemos encontrar, junto a modelos bastante estrictos de imputación de responsabilidad, otros que se caracterizan por su amplitud, y mayor flexibilidad.

Como ejemplo de los primeros, podríamos señalar el BGB, cuyos parágrafos 463 y 480 (2) construyen sobre el dolo, entendido de un modo estrecho, el supuesto de responsabilidad del vendedor. Como ejemplo del segundo está el C. c. suizo de las obligaciones, quizá inspirado en una interpretación extensiva que la antigua doctrina francesa y algunos importantes fallos de los Tribunales habían dado al artículo 1.646 del C. c. francés.

A continuación, para no fatigar excesivamente al lector, vamos

(79) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones* (1726), p. 851, n. 3; POTHIER, *Vente*, p. 63, n.

(80) MOLINEO, *Tractatus de eo quod interest*, Coloniae Agripinae (1597), n. 50.

(81) Se percibe en d'ANTOINE, *Les Regles du droit civil*, Bruselas (1742), p. 325-327.

(82) Es un ejemplo más de apelación a los principios para justificar la renovación del sistema.

a limitarnos a exponer, por su originalidad, el sistema suizo, precedido de ciertas directrices interpretativas del Código francés, en que pudo muy bien encontrar inspiración.

1. *Una interpretación de la expresión «gastos ocasionados por la venta», utilizada para el Código civil francés.*

El Código civil francés contiene dos preceptos relacionados con la indemnización de daños por vicios de la cosa, el artículo 1.645 y el 1.646. El 1.645 obliga al vendedor que «conocía los vicios de la cosa» a indemnizar al comprador «todos los daños e intereses». «Si el vendedor ignoraba los vicios de la cosa» la indemnización se limita a «los gastos ocasionados por la venta».

Para nosotros quizá lo más interesante del Derecho francés está en una orientación interpretativa (doctrinal y jurisprudencial) que ha intentado ensanchar el alcance de estos preceptos.

«La postura tomada por los redactores del Código civil en el artículo 1.646 en favor del vendedor de buena fe —recuerda HENRI MAZEAUD— apareció contraria a la equidad a ciertos tribunales cuando se planteó la cuestión... del perjuicio causado por la cosa vendida, especialmente, si el vendedor era el fabricante de la cosa afectada de un vicio oculto». La Corte de Casación, ante tal problema, mostró preferencia por la protección del comprador (83).

La expresión legal, «frais occasionés par la vente», está inspirada en DOMAT y tiene en este autor un significado estricto (84). Igualmente entre los primeros comentaristas es opinión generalmente enseñada que el vendedor de buena fe no responde de los daños e intereses del comprador (85). Pero en este panorama LAURENT va a mantener otra opinión.

Para este autor esa interpretación que ofrece habitualmente la doctrina no es conforme a la «intención del legislador». Para justificarlo advierte que los artículos 1.645 y 1.646 C. c., no hacen sino aplicar al caso que contemplan, los criterios generales de indemnización que el C. c., inspirado en la doctrina de POTHIER, formula en los artículos 1.150, 1.151 (86), distinguiendo según haya actuado o no dolosamente el deudor.

De esa conexión resulta que el vendedor de buena fe, a que se refiere el artículo 1.546, debe indemnizar al comprador los «daños

(83) RTDC (1955), p. 614. Su opinión tiene interés, porque critica esta interpretación.

(84) «Frais ou la vente aurait pu l'engager; comme les dépenses pour voitures, des droits d'entrée ou autres semblables», *Loix Civiles*, París (1667), I, II, XI, VI.

(85) DUVERGIER, I, p. 511, n. 411; MOURLON, III, p. 247, n. 605, cit. por LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, 3.^a ed. (1869-1878), vol. XXII, n. 293.

(86) Paralelamente en el Código civil español, cfr. art. 1.107.

previstos» (87), a que hace referencia el artículo 1.150; es decir, siguiendo a POTHIER, los *daños e intereses intrínsecos*, experimentados en la cosa objeto del contrato, por oposición a los *daños extrínsecos*, que experimente en otros bienes. De ahí extrae, por conclusión, que el artículo 1.646, en cuanto al vendedor de buena fe, «no es tan restrictivo como parece»; «la restricción no concierne más que al daño que el comprador experimenta en sus otros bienes, pero tiene derecho a todos los daños e intereses que sufre en la cosa vendida». Admite que aquí, en la compraventa, «el Código lo mismo que POTHIER, no prevé más que el daño o la pérdida que experimenta el comprador», pero entiende que el acreedor tiene también derecho a la *ganancia* de que ha sido privado por razón de la cosa viciada que el vendedor le ha entregado. «Si la ley no lo dice, es porque las leyes no prevén más que los casos ordinarios, pues la pérdida ordinaria que el comprador sufre es la del precio que ha pagado y la de los gastos». Pero si en el caso concreto «ha sufrido otras pérdidas y los daños-intereses están previstos, es decir son intrínsecos, el comprador los puede reclamar» (88).

La interpretación de LAURENT va sin duda demasiado lejos, al llegar a admitir que el vendedor de buena fe tenga que indemnizar al comprador incluso en la «ganancia de que ha sido privado por razón de la cosa viciada». No es de extrañar, por ello, que esta opinión no sea compartida; ni siquiera por autores que, como él, han intentado ampliar el alcance del artículo 1.646. En este sentido GUILLOUARD cree que el vendedor «debe reembolsar al comprador los gastos de todo tipo que la venta le haya ocasionado», con objeto de dejarle «indemne de todas las consecuencias de la venta»; pero no llega a admitir la indemnización del lucro cesante, reservada al vendedor de mala fe (89).

Con todo, la idea del propio GUILLOUARD como, con mayor razón, la de LAURENT, no escapa a la crítica. Con razón se recuerda que el origen histórico de la expresión legal («*frais occasionés par la vente*») está en DOMAT, en cuya idea no cabe tan desmesurada extensión. A lo cual se añade otro argumento de fondo: La responsabilidad del vendedor de buena fe vendría a confundirse con la del de mala fe, a pesar de que el Código, en los artículos 1.645 y 1.646, ha tratado de contraponerlas (90). De ahí que se haya resaltado que los gastos indemnizables al comprador son sólo los que le sean

(87) Argumento de conexión con las reglas generales que, por cierto, puede conducir también a la exoneración de responsabilidad, si se entiende que, cuando el vendedor ignora el vicio en el momento de la venta, el daño causado por el vicio es para él imprevisible, MAZEAUD, H. L. y J., *Leçons de Droit Civil*, 3.^a edic. (1968), p. 228.

(88) LAURENT, F., *Principes*, p. 220; también el mismo autor en, *Cours élémentaire de Droit Civil*, III (1878), n. 745, p. 455.

(89) GUILLOUARD, L., *Traité de la vente et de l'échange*, libro III, tít. VI-VII del C. c., 2.^a ed. París (1890-1891), n. 464.

(90) HENRI MAZEAUD, *La responsabilité civile du vendeur-fabricant*. RTDC.. (1955), p. 615.

«ocasionados *directamente* por la venta» (91), en todas sus posibles modalidades, salvo en el caso de que se pruebe que el vendedor *conocía* los vicios de la cosa, o que se trate de un vendedor *profesional* (92).

Al intento de ampliar la responsabilidad del vendedor de buena fe, utilizando el artificio de extender el alcance de la expresión legal «gastos ocasionados por la venta» se han sumado también algunos significativos fallos de los Tribunales franceses (93), lo cual es aún más importante, pues nos pone de manifiesto, hasta qué punto esa interpretación (pretoriana) está motivada en exigencias prácticas. Muchas veces, los jueces, en contacto directo con la práctica, advierten la necesidad de operar con nuevos principios, antes de que se haya logrado una clara formulación de los mismos. Intuyen la necesidad de soluciones nuevas, justificables e incluso impuestas por el desenvolvimiento histórico del propio ordenamiento; pero no encuentran técnicamente el camino para llegar a ellas. En esa situación es frecuente que en la búsqueda de una justificación para el fallo que se estima razonable y en tanto se va decantando el principio, tengan que acudir a apoyos un tanto artificiosos.

Es curioso observar cómo los Tribunales franceses, cuando han intentado ampliar la responsabilidad del vendedor que ignoraba los vicios de la cosa, no sólo han procurado sacar partido de todas las posibilidades de la expresión legal «gastos ocasionados por la venta» (94), sino que, en la búsqueda de soluciones, en algunas ocasiones han llegado a parecido resultado por un camino diferente, el de la responsabilidad extracontractual (95). Conscientes,

(91) BAUDRY-LACANTINERIE-SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de D. Civil: De la vente et de le échange*, 3.^a ed., 1908), n. 437. Cita como tales: honorarios del notario, derechos fiscales, gastos registrales, gastos de recepción y transporte de la cosa.

(92) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6.^a ed., por ESMEIN V (1947), p. 84, nota 17.

(93) Información en PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique* (1956), pp. 152-153, HUET-WEILLER, *Vente: Garantie des vices cachés*, en «Juris Classeur civil», fasc. X (1968) y posteriores actualizaciones, n. 227-233, BAUMANN, *Droit de la consommation*, París (1977), pp. 106-108, MAZEAUD, H., RTDC. (1955), p. 614; también GUILLOUARD, *Vente*, I, n. 464 y LAURENT, *Principes*, XXIV, nn. 296-297: éste con una referencia menos completa que la de aquél, pero analizando, en cambio, más extensamente los fallos.

Entre otros el famoso fallo, Cass, req. 21 oct. 1925. Recueil Sirey 1925, 1, 198 y Dalloz 1926, 1, 9, con nota crítica de JOSSERAND, en el cual se obliga al fabricante de un automóvil, que por razón de sus defectos sufrirá un accidente, a resarcir al comprador en la cuantía en que aquel ha sido condenado a indemnizar a las víctimas del mismo.

(94) Expresión que se entiende más sugerente que la fórmula más restrictiva empleada por el Código francés, en su artículo 1.630, en materia de evicción; cfr. HUET-WEILLER, *Vente: garantie des vices cachés*, en Juris-Classeur Civil, fasc. X (1968), n. 230.

(95) LAURENT cita en este sentido dos fallos. En el primero se llega por esa vía a hacer responsable a un maestro armero que vende un fusil que sufre una

sin duda, de la insuficiencia de las soluciones ofrecidas por el Código, para dar respuesta a las necesidades del desarrollo de la actividad comercial y de los progresos de la industria (96), no han tenido inconveniente en arrostrar la explicable incomprensión de la doctrina (97).

Cuando, al fin, la Corte de Casación termina por condenar la interpretación extensiva del artículo 1.646 y entiende que el vendedor que ignora la existencia de vicios de la cosa sólo tiene que restituir el precio y los gastos de la venta, estrictamente entendidos, sin estar obligado a garantizar al comprador las consecuencias dañosas causadas por el defecto (98), se ha producido ese cambio de criterio, porque se han abierto paso otras razones en que fundar la indemnización. Es entonces cuando va a consolidarse en la práctica un modo distinto de justificar la protección del comprador frente al *vendedor profesional*. El vendedor profesional, ya fabrique él mismo los objetos que vende, ya, sin fabricarlos, haga profesión de su reventa, será asimilado al vendedor de mala fe por la jurisprudencia, a fin de aplicarle el artículo 1.645 del Código civil (99).

Sobre el sentido de esta asimilación hemos de volver más adelante. Por ahora nos ha bastado exponer este ejemplo de la evolución del Derecho francés para advertir que, aun cuando la mera presencia de vicios no justifique un deber de indemnización, puede parecerlo en algunos casos, al no haber encontrado aún el cauce conveniente las verdaderas razones que, implícitamente, justificaron la indemnización concedida.

2. El sistema suizo

El Código suizo de las obligaciones sigue un «*sistema amplio*» en la construcción del deber de indemnización por defectos de la cosa.

a) Impone al vendedor un deber objetivo de indemnizar determinados daños; es decir, no basado en la culpa, sino en el hecho de que los vicios de la cosa hayan producido esos daños.

A este sistema se llegaba en el Código de las obligaciones de 14 de

avería lesionando al comprador, Aix 4 enero 1872 (Dalloz, 1873, 2,55). En el segundo la condena al vendedor de una importante partida de patatas averiadas, destinadas a la reventa, alcanza a los perjuicios sufridos por el comprador (revendedor) en su honor comercial, sentencia desestimatoria de 6 de abril 1870 (Dalloz, 187,1,11), *Principes de Droit civil* XXIV (1878), n. 296, p. 291-292. Esta justificación de la solución merece la crítica de LAURENT.

(96) En este sentido, vid. la referencia al Rapport Celice, que trata de precisar los fundamentos jurídicos y las razones de la extensión de la responsabilidad del vendedor de buena fe en BAUMANN, *Op. cit.*, p. 107.

(97) De interpretación indefendible la califica H. MAZEAUD, recordando las críticas de JOSSERAND, RTDC (1955), p. 614.

(98) HUET-WEILLER, *Op. cit.* nn. 232-233.

(99) HUET-WEILLER, *Op. cit.* n. 240.

junio de 1881, por la remisión que hacía su artículo 253, al 241 (hoy art. 195), en el que se regulaba la indemnización en caso de evicción. En el nuevo Código de las Obligaciones de 30 de marzo de 1911, el artículo 208 II, recogiendo esa misma idea, establece que el vendedor, cuando el comprador ejercite la acción redhibitoria (100), «indemniza al comprador el *daño resultante directamente* de la entrega de mercancías defectuosas»: y es posible el ejercicio de la acción redhibitoria, aunque se trate de *defectos* de la cosa (no ausencia de cualidades prometidas) que ignore el vendedor (art. 197). A este deber de indemnizar se añade el de restituir el precio pagado, con intereses, los gastos del proceso, y las impensas que también contempla el mismo párrafo del artículo.

Como puede observarse, la regla de indemnización es, a primera vista, más amplia que la de otros Códigos, en los que la indemnización inherente a la acción redhibitoria se limita a los gastos del contrato. Aún esa amplitud dependerá, en buena medida, de la interpretación que se dé a la expresión legal «daño resultante *directamente* de la entrega de mercancías defectuosas» (101). Su te-

(100) El comprador puede elegir entre la resolución de la venta, ejercitando la acción redhibitoria o pedir, a través de la acción de reducción de precio, una indemnización por el menor valor. El juez tiene ciertas facultades para limitarse a conceder la reducción del precio, a pesar de que el comprador haya intentado la acción redhibitoria si estima que la resolución no está justificada por las circunstancias (cfr. art. 205).

Tratándose de la venta de una cantidad determinada de cosas fungibles, el comprador, en lugar de la resolución o la reducción del precio, puede pedir la sustitución de aquellas cosas que no sean de recibo, por otras del mismo género (art. 206).

(101) Se han utilizado diferentes criterios para determinar los daños directos o inmediatos: el de la intensidad de la dependencia causal; el del carácter positivo o negativo del interés; el del *lucrum cessans* o *damnum emergens*, cfr. HANS GIGER, en *Berner Kommentar*, VI, 2,1,1 (1979), art. 195, nn. 26-34, pp. 284-287 y art. 208, nn. 32 ss., p. 571.

La doctrina suiza actual [cfr. STANISLAS, *Le Droit de resolution dans le contrat de vente: Sanction de l'inexecution des obligations contractuelles. Etude de Droit Suisse*, Ginebra, 1979, p. 138], así como la jurisprudencia del Tribunal Federal suele utilizar como criterio de diferenciación entre el daño directo e indirecto el de la naturaleza del interés (interés positivo e interés negativo) de cuya indemnización se trate. «Por reparación del daño directo, se entiende la reparación del interés negativo... y por reparación del daño indirecto, la reparación del interés positivo».

Otros autores, de modo más concreto, acuden a criterios de causalidad para la determinación de estos conceptos. En este sentido se pronuncia AMAUDRUZ, «La expresión *daño resultante ... de la entrega de mercancías defectuosas*, evoca la idea de que el comprador puede reclamar una indemnización a título de reparación de un perjuicio que según el curso normal de la vida, se hubiera ahorrado si la cosa hubiera estado exenta de vicios. El artículo 208 - 2 CO, establece, sin embargo, una limitación al no tomar en consideración más que el perjuicio directo, es decir, según nuestro criterio, únicamente las pérdidas que experimente el comprador al encontrarse en una situación que no le permite realizar el propósito inmediato en consideración al cual ha sido comprada la cosa ¿Cuál es este propósito inmediato? El de poder utilizar una cosa conforme a su destino habitual o convenido. En otros términos, el daño resultante directamente de la entrega de cosas defectuosas es tan sólo, a nuestro parecer, el daño que sufre el comprador

nor literal no parece suficientemente preciso, y puede dar cabida a una interpretación bastante amplia, como se nota en algunos fallos de los tribunales. Mas conviene advertir que el Código suizo de las obligaciones, aunque haya concebido esta indemnización con bastante mayor amplitud que otros códigos, diferencia entre este caso, en que no es imputable culpa al vendedor, y aquellos otros en que le sea imputable; entonces los daños indemnizables son aún más extensos. En breve volveremos sobre este aspecto.

En la determinación de qué se entiende por «daño resultante directamente de la entrega de mercancías defectuosas» los tribunales suizos han sido bastante generosos, señalando tan sólo como límite el del lucro cesante (102). Y aun respecto a éste se han establecido matices, admitiendo la posibilidad de que en algunos casos el lucro cesante pueda constituir un daño directo (103).

no pudiendo utilizar la mercancía conforme a su destino normal o previsto; en cambio, un daño es indirecto cuando se ha producido por la utilización o el consumo de la mercancía. (AMAUDRUZ, Michel, *La garantie des défauts de la chose vendue et la non conformité de la chose vendue, dans le vente internationale des objets mobiliers corporels. Etude de Droit Comparé*, Berna, 1968, pp. 154-155).

A la construcción de AMAUDRUZ se ha objetado cómo, en caso de compra de un producto alimenticio envenenado no podría considerarse daño directo el envenenamiento que al consumirlo sufre el comprador (STANISLAS, *op. cit.*, p. 138).

Por su parte STANISLAS, manteniéndose en esa misma línea de determinación de la relación directa de causalidad, prefiere ofrecer unos criterios formales para concretar esa relación, sin limitar de antemano cuáles puedan ser los daños producidos en esa causación directa. Para él, lo que ante todo importa es «la intensidad del vínculo de causalidad», de dónde resulta ser daño directo «el daño causado exclusivamente por el defecto y su utilización normal por el comprador sin el concurso de otros factores o acontecimientos»; e indirecto «el causado por el acto inculminado pero combinado con otros acontecimientos». Por ejemplo, sería daño directo la fractura de una pierna a consecuencia del accidente tenido por el comprador con el automóvil defectuoso, e indirecto la posterior posible fractura de la otra pierna que el mismo pueda sufrir en el hospital intentando caminar (STANISLAS, *op. cit.*, p. 139). Este criterio, sin embargo, no le conduce a la indemnización del salario perdido por el comprador accidentado, cosa que estima poco justa e intenta corregir (STANISLAS, *op. cit.*, p. 144).

Por su parte, GIGER, prefiere utilizar como criterio de diferenciación el del «lucrum cessans» y «damnum emergens». Son daños directos los que correspondan al concepto de «damnum emergens»; esos son indemnizables y llegan a comprender los daños agrupados bajo la categoría de *Mangelfolgeschaden* (daños que como consecuencia de los defectos de la cosa y debido a que el comprador confiaba que estaba exenta de ellos se producen en otros bienes del mismo. Cfr. LARENZ, *Schuldrecht* II (1968), p. 51) en *Berner Kommentar*, art. 208, n. 35.

Por fin, también existen autores que insatisfechos con los resultados poco equitativos a que conducen los diferentes criterios de distinción entre el daño directo e indirecto, han preferido encomendar al juez la tarea de resolver, según la buena fe y equidad, los casos concretos (STANISLAS, *op. cit.*, p. 138-139).

(102) Cfr. H. BECKER, en *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, VI, *Obligationenrecht*, II, *Die einzelne Vertragsverhältnisse*, art. 208, Berna (1904), p. 100-101.

(103) A. SCHNEIDER, H. FICK, «*Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911*», Neuchâtel, 1915, vol. I, p. 370-371. Estos autores nos recuerdan el caso del fabricante de cerveza que a consecuencia de la mala calidad de la malta recibida no pudo suministrar cerveza a su clientela durante un mes.

b) Pero el Código suizo de las obligaciones, tal como acabamos de señalar, prevé un supuesto de indemnización más amplia, de efectos complementarios, para aquellos casos en que pueda imputarse *culpa* al vendedor. «El vendedor está obligado a indemnizar también al comprador de todo otro daño, si no prueba que no le es imputable ninguna culpa» (art. 208, III) (versión francesa). Notemos la mayor amplitud de la indemnización, concebida como complementaria de la anterior que, por su carácter objetivo, funciona como mínimo. Las expresiones que emplea el Código («*tout autre dommage*», «*weitern Schaden*»), permiten además construir generosamente el ámbito de daños indemnizables. Lo cual es de destacar, como otra manifestación del acusado sentido protector del comprador.

Contribuye también a la protección del comprador el hecho de que se haya invertido la carga de la prueba, y toque al vendedor demostrar que no le es imputable ningún tipo de culpa para poder exonerarse de este incremento de responsabilidad. Inversión de la carga de la prueba que por otra parte tiene paralelismo con la que, con carácter general, señala el artículo 97 en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación.

Lo que no se indica es el tipo de culpa correspondiente al artículo 208, III. La expresión legal («*aucune faute*», «*Keinerlei Verschulden*») parece bastante amplia, hasta el extremo de permitir entender que se exige una diligencia extrema en el vendedor. Pero quizá deba interpretarse, según la pauta del artículo 99 del propio Código, atendiendo a la naturaleza particular del caso.

Por fin, en cuanto a la duración de la acción para exigir la responsabilidad se fija tanto en este supuesto como en el anterior un único *plazo* de prescripción, un año a partir de la entrega, sin tomar en cuenta la circunstancia de que los defectos se descubran después. Plazo que puede ser prolongado mediante pacto de las partes (art. 210, I). No se prevé plazo, en cambio, para oponer excepciones derivadas de defectos subsistentes de la cosa, siempre que se haya dado aviso de los mismos al vendedor dentro del año siguiente a la entrega (cfr. art. 210, II, en rel. con 201). Tratándose de inmuebles la acción de garantía prescribe a los cinco años a partir de la transmisión de la propiedad (art. 219, III).

c) En el supuesto anterior se sanciona la culpa imputable al vendedor. Pero además el Código prevé y sanciona de modo especial ciertos comportamientos netamente dolosos del vendedor. Es decir, junto a la sanción genérica de la culpa, que abarca también al dolo se prevén unas consecuencias particulares para el dolo. Dolo que el Código hace consistir aquí en que el vendedor disimule fraudulentamente al comprador los vicios de la cosa, o en términos más amplios, que intencionalmente le induzca a error (cfr. arts. 198, 199, 203, 210 III).

Esta sanción especial del dolo consiste en excluir la limitación

convencional (art. 199) o legal (propia de la venta de animales) (cfr. art. 198) de la garantía, y en impedir la oponibilidad de las excepciones de falta de preaviso tempestivo (cfr. art. 203, en rel. con 201) o prescripción anual (cfr. art. 210 III) por el vendedor.

d) El art. 208 CO. sólo prevé indemnización de daños al comprador, en los casos en que éste pida la resolución del contrato, ejercitando la acción redhibitoria. Más allá de esta previsión legal, la doctrina ha planteado una doble cuestión: 1. En los casos en que el comprador del objeto defectuoso no quiera o no pueda (cfr. art. 205-2 CO) obtener la resolución, ¿cabrá la indemnización? 2. ¿Esa indemnización, se fundará en un sistema de responsabilidad objetiva, como el previsto en el artículo 208, o seguirá el sistema general de responsabilidad contractual, basado en la presunción de culpa (cfr. art. 97 CO)?

En general la doctrina y jurisprudencia suizas han dado respuesta afirmativa a la primera cuestión, pero, en cuanto a la segunda, no se han puesto de acuerdo sobre el sistema de responsabilidad. Para un amplio grupo de autores, se debe aplicar en esos casos un sistema de responsabilidad objetiva, semejante al previsto, caso de resolución, en el artículo 208 CO. Piensan los que esto sostiene que, habida cuenta de que se trata de una laguna legal, de otro modo se llegaría a una solución injusta. Frente a este criterio, un grupo menos numeroso de autores y el propio Tribunal Federal mantienen la posición contraria; esto es, aplicar el sistema general de responsabilidad. Para justificarlo se utilizan diversas razones. Así: el carácter excepcional del sistema de responsabilidad seguido por el artículo 208 CO que impide su extensión. La existencia de motivos especiales que pueden justificar, en caso de resolución (redhibitoria), un sistema de responsabilidad más grave. En este sentido, el Tribunal Federal considera, «que los defectos que conducen a la resolución constituyen, precisamente, el caso más grave de entrega defectuosa y que resulta equitativo, en un caso semejante, poner a cargo del vendedor, sin consideración a su falta y sin posibilidad de disculpa, la reparación del daño directo que de éste resulta». Por fin, otro argumento más dogmático: entendiendo que en el artículo 208, 2 y 3 se prevé, tan sólo, la indemnización del interés negativo, porque habiendo resolución del contrato no cabe indemnizar el interés positivo (que es interés en el cumplimiento), se estima que la extensión de ese sistema a los casos en que se mantiene el contrato, en los que cabría indemnizar el interés positivo, conduce a una contradicción inadmisibles (104).

(104) Cfr. STANISLAS, *Resolution*, pp. 149-154.

Consideraciones críticas sobre el mismo

Para concluir esta exposición sobre el sistema suizo haremos unas consideraciones críticas sobre el mismo.

Se ha dicho, para justificarlo: «Es equitativo que quien vende una cosa afectada de defectos, responda incluso en ausencia de culpa, de los gastos que el comprador ha efectuado por el hecho de entregarla defectuosa. La eficacia de la garantía quedaría en gran medida comprometida si se subordinara la responsabilidad del vendedor a su propia falta. El vendedor *debe saber lo que vende* y es justo y lógico que indemnice al comprador del daño que resulte directamente de la entrega de mercancías defectuosas» (105).

La mayor crítica que puede dirigirse a esta afirmación es su propia contradicción interna. Se está tratando de justificar una responsabilidad sin culpa, con argumentos, como el de que el vendedor debe saber lo que vende, que denotan cierto grado de culpabilidad en él. Es en cierto modo lógico que cuando el vendedor deba saber lo que vende, responda por su falta de diligencia en el conocer. Mas no parece exacto que, en términos generales, tenga que desplegar esa diligencia todo vendedor porque en muchos casos supondría una carga excesivamente onerosa.

Sin embargo, es posible que no sea ese el verdadero alcance de la opinión anterior, sino que, al decir que el vendedor debe saber lo que vende, más que un deber de diligencia se haya querido señalar un hecho, una probabilidad. Esa probabilidad del conocimiento del vendedor podría ser el criterio tenido en cuenta por el legislador para organizar, en base a lo que normalmente acontece, el sistema de reparto de los riesgos que acompañan a la entrega de un objeto defectuoso. Algo parecido a lo que movió en Roma a los ediles a conceder, al margen de la culpa del vendedor, las acciones redhibitorias y *quantum minoris*. De modo que, en esta hipótesis, el artículo 208-2 CO., partiendo de que normalmente el vendedor conoce los defectos de la cosa, de las dificultades que presenta, en la mayoría de los casos, demostrar ese conocimiento y, quizá, queriendo evitar en lo posible que se susciten contiendas judiciales, habría considerado preferible formular un sistema objetivo, en el que los efectos se producen cuando acaecen determinados hechos. Ahora bien, frente a semejante interpretación del sistema, conviene hacer alguna observación. Que el vendedor si existen vicios, quede sometido al saneamiento, a través de la acción redhibitoria o *quantum minoris*, al margen de su culpabilidad, es algo útil para la protección del comprador y que, ante lo tasado del efecto, no resulta desproporcionadamente onerosos para el vendedor. Pero que el vendedor responda de los daños directamente producidos por la cosa vendida, sin posible exoneración, es algo que, a primera vista, parece excesivo y desproporcionado,

(105) STANISLAS, *Resolution*, p. 140. En el mismo sentido el Tribunal Federal («BGE» 79, II, 380). Cfr. GIGER, *op. cit.*, art. 208, n. 38.

máxime habida cuenta de la amplitud con que se han entendido a veces en el sistema suizo esos daños directos. Ese carácter desproporcionado aparece patente, al menos, en la medida que intente presentarse como justificación, la probabilidad fáctica de que el vendedor conociera los defectos de la cosa. Porque no todo vendedor los conoce, semejante modo de explicar el sistema tendría por base una injusta equiparación de justos y pecadores.

Quizá sea más bien en otro plano en donde hayamos de intentar buscar la justificación del sistema suizo y desde el que debemos dirigirnos a él para someterlo a crítica. El tanto de responsabilidad que el artículo 208-2 CO hace recaer sobre el vendedor, posiblemente signifique, más que una sanción al vendedor un modo de practicar un reparto social de determinados riesgos derivados de la adquisición de un objeto defectuoso. E inmediatamente, de entender así el sistema, surge la pregunta: ¿Se ha tomado en cuenta, al organizar ese sistema de reparto social del riesgo, la circunstancia de que existen diversos tipos de vendedores?

La primera diferenciación que se ha de establecer, es entre el vendedor profesional y el ocasional. La solución que demos para la responsabilidad de uno no parece que deba ser igual a la del otro. El vendedor ocasional que actúe de buena fe y con la diligencia debida no debiera responder en la misma medida que un vendedor profesional. No tanto, en este caso, por razón de la pericia exigible al vendedor profesional, ya que esa pericia exigible nos conduce a una responsabilidad basada en la culpa, sino porque el vendedor profesional está en mejores condiciones que el vendedor ocasional de lograr una nueva redistribución de esos riesgos a través del seguro. Esa diferenciación entre el vendedor profesional y el ocasional, es cierto, no está directamente formulada en el artículo 208 del Código suizo de las Obligaciones, pero con todas las reservas que aconseja hacer el que para nosotros sea un sistema ajeno, parece advertirse en una comparación entre los tres párrafos de este artículo. Es curioso notar que sólo el segundo, que es el que precisamente trata de la responsabilidad objetiva por daños del objeto, hable de *mercancías* defectuosas, y no de la cosa, como hace el primero, al tratar de la resolución subsiguiente al ejercicio de la acción redhibitoria. Quizá, nos limitamos a apuntarlo, el término *mercancía* permita entender que en ese caso se está construyendo una responsabilidad objetiva con la vista puesta en las ventas realizadas por profesionales. No obstante existen autores que no establecen diferencia entre vendedores, llegando incluso a decir que si la solución del 208-2 CO se justifica en el marco de las ventas entre particulares, aparece totalmente chocante en el ámbito de la responsabilidad por los productos (106).

De otro lado, al margen de cuál sea la interpretación que deba

darse al artículo 208 CO. en cuanto a la responsabilidad del vendedor no profesional y centrándonos, tan sólo, en cómo funciona la responsabilidad de los profesionales que intervienen en los procesos de producción y distribución del producto defectuoso, de nuevo se muestra el sistema suizo poco equitativo.

Lo chocante no es que en la vía contractual responda el detallista del defecto del producto, y no el fabricante, que es precisamente quien lo puso en circulación. Esto, al fin y al cabo, es una consecuencia de un modo imperante de construir las relaciones obligacionales. Lo chocante es más bien que se haya intentado proteger al comprador de un producto defectuoso por la vía de intensificar la responsabilidad del vendedor (el detallista) dejando de rechazo, al fabricante del producto defectuoso en una posición mucho más ventajosa. Posición más ventajosa que resulta de la conjunción de una doble circunstancia: 1.^a En la vía extracontractual no se le ofrecen al comprador que intente dirigirse contra el fabricante las mismas ventajas (responsabilidad objetiva) que el artículo 208-2 CO le da al dirigirse contra su vendedor 2.^a A su vez el detallista que intente cobrar del fabricante la indemnización que pagó al cliente encontrará dificultades (incluso si ha mediado compraventa) para utilizar la vía del 208-2 (107).

LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL QUE DELIMITAN EL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Los artículos 1.486 II, 1.487, 1.488 II, C. c., disponen, en diferentes situaciones de la cosa, que el vendedor indemnice daños y perjuicios al comprador. Ocurre así, tanto si la cosa no se ha perdido (art. 1.486 II), o se pierde por efecto de los vicios ocultos (art. 1.487), o por caso fortuito, o por culpa del comprador (artículo 1.488). El efecto en todos estos casos es el mismo; pero esa equiparación del efecto no va acompañada de una idéntica descripción del supuesto. Mientras el artículo 1.488 conecta la responsabilidad, en modo expreso, al hecho de que «el vendedor obró de mala fe», los otros dos se refieren a un vendedor que conoce los vicios o defectos ocultos de la cosa y no los ha manifestado al comprador. Estos diversos modos de expresión no impiden, ciertamente, entender que se está pensando en un único supuesto de hecho, pero no dejan de suscitar la duda de si, con las expresiones empleadas, se han intentado establecer algunas diferencias de matiz.

La distinta terminología empleada por el artículo 1.488 (mala fe) y los artículos 1.486, 1.487, se explica en los antecedentes próximos, en el momento de la codificación. No existe entonces un propósito de romper, al adoptarla, la unidad del supuesto de hecho.

El artículo 1.488 del Código se relaciona con el 1.410 del P. 1.851, cuya redacción reproduce literalmente. Los redactores del Proyecto, según refiere GARCÍA GOYENA, no encontraban justo que, en los casos en que la pérdida de la cosa sobreviene por caso fortuito, fuera ésta de cuenta del comprador, como previó el Código francés y los en él concordantes. El vendedor quedaba así, en esos casos, libre de toda responsabilidad. Y esa injusticia, se pensó, existe no sólo en los casos en que la pérdida se debe a caso fortuito, sino, incluso, cuando proviene de culpa del comprador. «Si parece contra la equidad —sostenía GARCÍA GOYENA— que el vendedor se aproveche de la falta del comprador para enriquecerse, ¿no lo será más que se aproveche de un accidente inculpable? ¿Y no será una manifiesta iniquidad que se aproveche un vendedor de mala fe?» (108). Por eso la Comisión abandona el modelo francés y redacta el artículo 1.410 del Proyecto siguiendo un criterio que encuentra más justo y más en consonancia con algunos textos romanos (109).

El hecho de que el artículo 1.410 del Proyecto no se inspirara directamente en el Código francés, sino en los criterios de la Comisión, explica, a propósito de la indemnización de daños e intereses que en su segundo párrafo prevé, el cambio terminológico introducido en el mismo, en relación con los dos que le preceden («Si el vendedor obró de mala fe»). Pero es claro que el propósito de sus redactores no ha sido construir un supuesto de responsabilidad diferente, como del mismo modo parece ocurrir en los artículos 1.486 II, 1.487 y 1.488 II C. c.

De otro lado, no parece justificable tampoco en razones sustantivas, construir sobre supuestos de hechos diferentes la responsabilidad del vendedor (de mala fe), según que la cosa no se pierda o se haya perdido por efecto de los vicios, por caso fortuito, o por culpa del comprador.

Las diferencias entre el artículo 1.488 y los dos que le preceden no deben buscarse en el grado de culpabilidad del vendedor, sino más bien en los daños que puedan imputársele en atención a las circunstancias, que inciden en la relación de causalidad. Si la cosa perezca por efecto de los vicios, está justificado (porque existe relación de causalidad suficiente) imputar al vendedor (aparte de otros posibles daños) el daño experimentado en esa pérdida, cifrable en el valor que la cosa tenía en el momento de perderse. Si pereciera por causa distinta (caso fortuito o culpa del comprador) no estará justificada, por la misma razón, tal imputación. Mas lo único que se excluye en este caso, por falta de relación de causalidad, es esa indemnización del daño experimentado por la pérdida de la cosa. No así la de otros posibles daños relacionados con sus defectos. Por ejemplo, el menor valor de la cosa por efecto del vicio, tomado

(108) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.410, Madrid, 1852, III, p. 401.

(109) Se inspira, según el propio GARCÍA GOYENA, en D. 21,1,31,11 y D. 21,1,25, «a pesar de la duda o contrariedad que presenta», D. 21,1,47 fin. y D. 21,1,48 princ.

como daño indemnizable; los perjuicios experimentados por el comprador antes de su pérdida (derivados de la imposibilidad de utilizarla); los daños sufridos en otros bienes patrimoniales (infección de otros animales), etc.

Que la pérdida de la cosa se deba a negligencia del comprador o, incluso, sea causada intencionadamente (porque le resulte inútil), no es razón para atenuar la responsabilidad del vendedor en relación con los daños que puedan serle imputados.

No puede pensarse que, porque el comprador destruya intencionadamente la cosa, cometa dolo, que pueda compensarse con el del vendedor. No ocurre así porque actúa sobre algo que le pertenece y no puede ser tratado como un simple poseedor de buena fe (cfr. art. 457). No se excluye con ello un posible dolo del comprador en la destrucción de la cosa, que pudiera compensarse con el del vendedor, pero tal dolo no resulta de la mera destrucción intencionada, sino de otras circunstancias que pudiesen acompañarla.

INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

La doctrina española (110) no se ha ocupado con detenimiento y profundidad del supuesto de responsabilidad del artículo 1.486 II, etc., ni de sus posibles ramificaciones. Es frecuente que, al referirse al mismo, los autores se limiten a destacar tan sólo que el vendedor conocía los defectos de la cosa y no los manifestó al comprador; o bien, la mala fe e incluso el dolo que revista su actuación, sin detenerse en mayores precisiones sobre estos conceptos. Una mayor profundización se encuentra en sectores concretos en los que se cuestiona la responsabilidad de un tipo de vendedor (por ejemplo, fabricante, constructor, promotor...). Pero ahí se advierte el vacío que existe en el estudio de las cuestiones generales.

Entre nuestros autores se perfilan dos modos diferentes de entender la responsabilidad del vendedor, por un lado, hay quienes parecen darnos a entender (de un modo más o menos explícito) que estamos ante una responsabilidad surgida del dolo, en su sentido más estricto, que, como tal, merece las máximas sanciones. Mas también hay autores que en sus consideraciones sobre el artículo 1.486 II, han puesto de manifiesto un modo diferente de

(110) ALBADALEJO, *Derecho civil*, II-2 (1972), 30; BADENES GASSET, *Compraventa*, I (1979), 703-704; BERCOVITZ, *ADC* (1969), 832, nota 110; CASTÁN, *Derecho Civil*, IV (1977), 130; COSSÍO, *Instituciones*, I (1975), 366; Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, 709; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, II (1979), 338; ESPÍN, *Manual*, III (1970), 493; FERRANDIS, en *Enneccerus-Lehmann. Derecho de Obligaciones*, II-1 (1966), 99, 101; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albadalejo*, XIX (1980), 351; LACRUZ, *Elementos*, II-3 (1979), 45-46; MANRESA, *Comentarios*, X (1931), 217; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXIII (1906), 622-623; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus-Lehmann, D. de Obligaciones*, II (1935), 76; ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), 289.

entender el supuesto de responsabilidad, que sirve ensanchar en alguna medida, sus contornos. Insistiremos aún más en ello.

1. En la orientación más estricta parece encajar la opinión de MANRESA: «Si el vendedor conocía los defectos y no los manifestó al comprador —afirma este autor—, se puede decir que procedió con verdadero dolo... que añade, sin duda, un aspecto más a la cuestión de la responsabilidad del vendedor», surgida de la mera existencia del vicio oculto; dolo que, por su gravedad, da lugar a una indemnización en la medida del párrafo 2.º del artículo 1.107 (111).

De modo semejante parece opinar BADENES GASSET, pues, aunque conciba la indemnización prevista en el artículo 1486 II como consecuencia de la mala fe del vendedor, lo cual podría hacernos pensar que no intenta limitarla al dolo en sentido estricto, más tarde considera sancionable esa mala fe con los efectos indemnizatorios del párrafo 2.º del artículo 1.107, reservados, como sabemos, al dolo en sentido estricto. Sin embargo, a decir verdad, la referencia a este precepto, no es suficiente, pues, en definitiva, todo dependerá de cómo lo interprete (112).

También DÍEZ PICAZO entiende así la mala fe del vendedor en el artículo 1.488: «La mala fe, equivalente del dolo, consiste —nos dice— en el pleno conocimiento del carácter vicioso de la cosa vendida y entregada, y en la voluntad, no obstante, de ejecutar el contrato engañosamente» (113).

2. En la otra dirección MUCIUS SCAEVOLA, inspirándose en POTHIER, añade a los casos en que «el vendedor conocía (al celebrarse el contrato, naturalmente) los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, o sea, cuando procedió de mala fe», otros casos en los que la responsabilidad se imputa por razón de la presunción del dolo. Esto ocurre: «Primero, cuando el vendedor ha debido conocer el vicio de la cosa por razón de su profesión; segundo, cuando hay motivo para sospechar que le conocía». Estas presunciones de dolo no se conciben, sin embargo, como *praesuntio iuris*, lo cual limita enormemente su alcance; alcance que, por cierto, no conduce a la manera histórica de entender la responsabilidad del profesional. La referencia a ellas, en verdad, no sirve tanto para ensanchar el supuesto de responsabilidad, cuanto para facilitar su prueba a través de indicios y deducciones del juzgador. «Sobre cuándo y cómo se podrá asentar la presunción de dolo —agrega—, es indispensable atenderse a las circunstancias particulares de cada caso» (114).

Años más tarde, ANGEL ROJO, intentará sacar partido de la idea de MUCIUS SCAEVOLA para ofrecer, dentro de nuestro Código, posibilidades a la responsabilidad del fabricante vendedor (115).

(111) MANRESA, *op. cit.*, 217.

(112) BADENES GASSET, *op. cit.*, 703-704.

(113) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, I, 709.

(114) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, 622-623.

(115) ROJO, *op. cit.*, 289.

También GARCÍA CANTERO extrae consecuencias del artículo 1.486 en un sentido paralelo: «El artículo 1.486 —afirma— contempla en su segundo párrafo la hipótesis de mala fe por parte del vendedor, estableciendo una responsabilidad agravada... Pero esta responsabilidad no es objetiva, por el mero hecho del vicio o defecto, sino que está ligada a la conducta desplegada por el vendedor... La existencia de vicios y defectos ocultos no implica por sí sola que el vendedor incurra en culpa. Su proceder será culpable si por su profesión u oficio debió conocer la existencia de aquél; también lo será si los conoció de hecho y no los manifestó debidamente al comprador; esta actitud puede, además, calificarse de dolosa, si a través de la ocultación o alardeando de las excelentes cualidades de la cosa, obtuvo un precio superior al normal» (116).

Igualmente podemos situar a BERCOVITZ en esta dirección (117)..

EL SIGNIFICADO DE MALA FE DEL VENDEDOR EN EL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

El supuesto de responsabilidad por defectos de la cosa, construido, como es preciso hacer, de un modo unitario, se basa en la mala fe del vendedor (art. 1.488). ¿Qué significa aquí la mala fe? ¿Qué relación guarda con el dolo?

La mala fe es un concepto equívoco. Puede ser entendido como un estado psicológico de un sujeto, caracterizado por el conocimiento de la verdadera situación, jurídica o fáctica, que permite le sea imputable la objetiva antijuridicidad de su conducta, con la consiguiente sanción o la privación de las ventajas que su ignorancia hubiera podido determinar. En un sentido más amplio (que, por cierto, no excluye al anterior, aunque se diferencia de él), la buena fe es un criterio o regla de rectitud en la conducta de las personas, y, por efecto reflejo, un calificativo para designar a las conductas que se acomodan a ese criterio (conducta de buena fe).

La mala fe del vendedor relacionada con los vicios hay que conectarla con el segundo significado. El supuesto de responsabilidad, tal como queda históricamente configurado, traspasa los límites del dolo en sentido estricto y toma en cuenta la omisión de determinados deberes mínimos de conducta exigibles al vendedor en las circunstancias en que se celebra el contrato. La mala fe podría aquí ser equiparada al dolo sólo si concebimos a éste, en un sentido amplio, como criterio de imputación de responsabilidad basado en la infracción de esos deberes mínimos de rectitud y diligencia que en cada circunstancia pueden exigirse a la conducta de las personas (118). Sin duda, esto se comprenderá.

(116) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, 351.

(117) BERCOVITZ, *op. cit.*, 832.

(118) POTHIER utiliza «buena fe» como contraria a dolo y culpa lata, en: *Obligations*, n. 142.

mejor teniendo a la vista los casos concretos en que debe responder el vendedor, de ello que nos vamos a ocupar en la parte final de este trabajo.

Entendida así la mala fe del vendedor se conecta (119) con la llamada «*culpa in contrahendo*» o responsabilidad precontractual (120), a través de la cual se ha generalizado la exigencia de que «las partes, en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe» (121) y se ha canalizado una respuesta jurídica a su violación.

La indudable utilidad de esta categoría puede estar ahí: en habernos destacado esa doble exigencia. Pero su empleo también encierra peligros, siempre que se olvide que «las hipótesis que se agrupan bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen en algún modo un tratamiento diferente» (122), o se pierda de vista que las aportaciones dogmáticas más significativas en torno a la responsabilidad precontractual han surgido pensando en otros ordenamientos diferentes, adaptadas a las peculiaridades de los mismos (123).

El peligro para nosotros puede estar en intentar construir sobre

(119) Así, PÉREZ y ALGUER en sus anotaciones a la traducción de ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I (1933), 2.º, 28, sobre la base de la conexión que en el texto anotado se destaca del § 463 BGB con la figura de la «*culpa in contrahendo*». También ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, RCDI (1971), 908. En cuanto a la conducta del arrendador con respecto a los defectos de la cosa arrendada, también se apunta por BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, *La obligación de sanear en el arrendamiento*, RDP (1964), 379.

El artículo 1.486, II, ha de servir de apoyo a PÉREZ y ALGUER para la construcción de un principio general. *Op. y loc. cit.*

(120) El origen de la construcción de la figura de la «*culpa in contrahendo*» se encuentra en JHERING y constituye un meritorio intento de justificar la indemnización de los perjuicios que puede sufrir un contratante, causados por el comportamiento negligente del contrario en la fase de formación del contrato. Con la invocación de la «*culpa in contrahendo*» JHERING tratará de justificar en esos casos una construcción de la responsabilidad, no limitada a la consideración de la pura «*culpa in faciendo*» por contravención de deberes negativos, más propia del ámbito extracontractual, sino comprendiendo la «*culpa in non faciendo*», por infracción de deberes positivos de diligencia impuestos por la buena fe. Esta responsabilidad es, además, por él concebida como responsabilidad contractual, incluso en los casos en que por efecto de la actuación dolosa de un contratante (por ej., inexistencia de la cosa) se hubiera celebrado un contrato afectado de nulidad. La nulidad del contrato no implica ausencia de toda eficacia. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, en JHERING J. B. (1861), 1 ss.

(121) Art. 1.337 C. c. italiano, que sanciona con carácter general esta exigencia, lo cual es poco frecuente en la codificación. En este sentido, FISSERSCHMIDT, *Schuldrecht Allg. Teil*, 1 (1975), 41, destaca cómo el BGB limita los deberes de carácter obligacional a los encuadrables en una relación de prestación válida; concepción superada por la práctica y la doctrina que admite la existencia de deberes anteriores a la conclusión del contrato.

(122) Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 191.

(123) Por ejemplo, considerar que pueda ser una exigencia de la responsabilidad por «*culpa in contrahendo*», la limitación de la indemnización al interés negativo. Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 192.

nuestro Código civil, por transferencia dogmática, una regla de responsabilidad especial, distinta de la general fundada en la «culpa in contrahendo» o (si se quiere, como nuestro Código no maneja esta categoría dogmática) en las reglas generales de responsabilidad por incumplimiento; pues cuando la insatisfacción del interés del acreedor por las anomalías cualitativas de la cosa (vicios) sea imputable al vendedor estamos ante un supuesto que, funcionalmente, se puede aproximar al incumplimiento y hasta merecer los mismos efectos (124). Una construcción así de la regla especial puede ser peligrosa, si de ella se pretende extraer la exclusión de la regla general. Sería algo chocante con el sentido histórico de la indemnización por dolo (125), cuando hay vicios ocultos, con la voluntad de nuestro legislador (126) y con las exigencias de la buena fe.

Una construcción así es un peligro real, por influjo dogmático, como nos pone de manifiesto el estudio de la dogmática alemana. Las concepciones restrictivas de los redactores del BGB, que consideraban suficiente respuesta a la negligencia del vendedor (no estrictamente doloso) las acciones edilicias (127), puestas en práctica a través de la regla «lex specialis derogat legi generali», han creado para el supuesto de los vicios una regla de responsabilidad bastante estricta, obstáculo para la aplicación de las reglas generales (128). Y, entre nosotros, hay autores que parecen haberse hecho eco de esta construcción (129), que hoy, en la propia Alemania, está sometida a una profunda revisión.

(124) Es curioso observar la terminología empleada por el BGB en el párrafo 463, correspondiente a la venta específica: *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* (indemnización por incumplimiento). Sobre ello vid. MEDICUS, *Vertragliche und deliktische ersatzansprüche für Schaden aus Sachmängeln*, en *Tübinger Festschrift für E. KERN* (1978), p. 319.

(125) Anterior a las propias acciones edilicias y siempre distinta de ellas, vid. MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), p. 595, 612 ss.

(126) En la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.408, P. 51 (correspondiente al 1.486 C. c.) GARCÍA GOYENA remite a los artículos 1.011 ss. (correspondientes al 1.101 ss. C. c.), *Concordancias*, III (1852), página 399.

(127) ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, bT. 1 (1977), pp. 71, 72.

(128) Vid. Heide SCHAUMBURG, *Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden* (§ 463 BGB und culpa in contrahendo) (1974), pp. 10 ss.

(129) Ya PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, en relación con las consecuencias del que llaman «incumplimiento de un aspecto de las obligaciones del vendedor», muestran inclinación por la aplicación de la regla, «lex specialis derogat legi generali» y cierta extrañeza por la solución contraria sostenida por el TS en s. 19 abril 1928. Y entienden que la prescripción del artículo 1.490 no se limita a las acciones edilicias (las únicas que, propiamente, *emanan* de lo dispuesto en los artículos anteriores), sino que comprende a la acción de indemnización basada en e. dolo, notas a ENNECERUS-LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, II. 2.º, *Derecho de obligaciones* (1935), pp. 76, 77.

Más tarde, en el mismo lugar, sostendrá FERRÁNDIZ: «También hay un innegable parecido entre el dolo, maquinación insidiosa de un contratante para inducir al otro a celebrar un contrato (cfr. art. 1.269) y la ocultación o silen-

La nueva orientación doctrinal que intenta abrirse paso en Alemania se sustenta en una nueva moral del tráfico más sensible, más refinada («verfeinerte Verkehrsmoral») desde la cual se intentan enjuiciar, de forma globalizada, los problemas del Derecho de la contratación: superando la parcelación por sectores, minimizadora de las exigencias éticas. Considerando a las reglas especiales de responsabilidad no tanto como una reglamentación aislada y excluyente, sino más bien como un complemento de la regulación general (130). En este intento son de destacar las aportaciones de v. CANARIS (131), THIELE (132) y del propio MEDICUS (133).

EL DEBER DE INFORMAR

De los deberes de conducta que impone a las partes la buena fe en el desenvolvimiento de los tratos preliminares, éste de informar, que se refiere a la parte vendedora, es especialmente significativo y merece algunas consideraciones. Puede decirse que en la venta específica, en la que el vendedor no está «obligado» a entregar una cosa libre de defectos, es la base dogmática para la construcción de la responsabilidad del vendedor (134). Supone que éste en determinada medida, tiene que ofrecer al comprador información veraz en torno a la cosa de que se trate. Lo cual encierra dos aspectos: uno positivo, el de transmitir la información exigible y otro negativo, el de abstenerse, en términos absolutos, de dar información errónea al comprador.

Sin embargo, el deber de informar sobre el estado de la cosa no siempre se invoca con el mismo significado jurídico, lo cual debe previamente advertirse para evitar equívocos. En este sentido una primera manifestación del mismo aparece en la fundamentación de las acciones que los ediles conceden en su edicto. «Aiunt Aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emtores...» (135).

ciamiento de vicios de la cosa por parte del vendedor que los conoce (supuesto del artículo 1.486, ap. 2). Pero como quiera que esta hipótesis ha sido expresamente incorporada a la regulación del saneamiento por vicios o defectos ocultos y sancionada con una agravación de la responsabilidad del vendedor en los términos ya descritos habrá de ser considerada como un supuesto de actuación dolosa sustraído, por razón de su especialidad, de la aplicación de las reglas generales», notas a ENNECCERUS LEHMAN, II, II, 1.^a (1966), p. 101, insiste en p. 121.

Este criterio no es mayoritario entre nosotros. Ni siquiera lo mantiene BERCOVITZ, pese a la opinión que sostiene en relación con el error, cfr. ADC (1969), p. 832.

(130) MEDICUS, *Festschrift Kern*, *Op. cit.*, p. 324.

(131) JZ (1965), pp. 475 ss.

(132) *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ (1967), pp. 649 ss.

(133) *Festschrift Kern*, p. 324.

(134) Cfr. MEDICUS, *Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schaden aus Sachmängeln*, en *Tübinger Festschrift für Eduard Kern* (1978), p. 318.

(135) Ulp. D. 21,1,1,1.

Esta es una idea que luego ha de pervivir a través del Derecho común y será manejada por nuestros autores (136). Pero en la medida en que las acciones edilicias funcionan objetivamente, con la sola presencia del vicio oculto y sin necesidad de que se demuestre ningún grado de culpa en el vendedor, pierde sentido, con respecto a ellas, pensar en el incumplimiento de un deber de informar, deber cuyo cumplimiento exigiría en muchos casos en el vendedor el despliegue de una diligencia que no puede serle exigible. De ahí que el supuesto deber de informar no deba ser considerado en este caso más que un medio de justificación de las acciones edilicias, que si bien en el Derecho histórico pudo dar un enorme juego, merece ser descartado en la dogmática actual.

El deber de informar adquiere en cambio sentido y utilidad cuando se utiliza para imputar al vendedor los daños y perjuicios que al comprador haya podido producirle la anomalía de la cosa (137). Así, en relación con lo que el vendedor conoce acerca de la cosa, para que sea sancionable su reticencia, es preciso que exista un deber de informar sobre esos extremos. Y en relación con lo que el vendedor ignora, también en función del deber de informar se va a configurar un deber previo de desplegar un cierto grado de diligencia para conocer, como exigencia de la buena fe. De ahí el interés que puede tener para nosotros intentar puntualizar de algún modo ciertos extremos relacionados con este deber.

Nos interesa saber en primer lugar cuándo surge este deber, cuáles son los aspectos relativos a la cosa sobre los que el vendedor deba pasar información al comprador. El deber de informar, que pudo tener en un principio un contenido típico, cuando los ediles imponen al vendedor manifestar al comprador determinados defectos de la cosa, tiene hoy un contenido flexible. A ello contribuyen en buena medida el papel de la autonomía de la voluntad en la caracterización cualitativa de la cosa objeto del contrato y las exigencias de la buena fe. En términos generales puede afirmarse que el ámbito del deber de informar está en relación con el contenido concreto del pacto acerca de las cualidades de la cosa. Cuando se vende una cosa específica, el contrato presupone en ella determinadas cualidades. La ausencia de alguna de las cualidades presupuestas, de modo expreso o implícito, es lo que interesa conocer al comprador y, por tanto, lo que debe ser advertido por el vendedor. Estas cualidades no deben entenderse de un modo limitado, circunscribiéndolas a la cosa misma, sino que han de relacionarse con la función de la cosa prevista en el contrato. Son, en suma, aquellas cuyo conocimiento de su ausencia pueda, presumiblemente dada la causa concreta del contrato,

(136) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,65, glosa I, nn. 1 y 8.

(137) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,63, glosa I, etc., n. 5.

retraer al comprador de la celebración del mismo o llevarle a celebrarlo en condiciones diferentes (138).

Conviene advertir que este planteamiento del deber de informar no es el único posible, y en buena medida resulta hoy insuficiente, pues a menudo el problema no es tanto la contradicción entre las presuposiciones cualitativas que sobre la cosa recoge el contrato y la realidad, sino la insuficiente concreción de las cualidades de la cosa en el contrato. En la mayoría de las ventas el comprador adquiere un producto cuya utilidad y función le resulta en buena medida desconocida al contratar.

Contribuye a ello, en primer lugar, la situación de desequilibrio en que se encuentra el comprador respecto al vendedor, como consecuencia de «la desigualdad económica creciente entre el sector de la producción y el del consumo» (139). Como consecuencia de ese desequilibrio va a producirse en la sociedad de consumo, de modo provocado y dirigido, una irreflexiva apetencia de adquisición de productos por parte del consumidor, la cual podría, en cierta medida ser racionalizada, facilitándole una más completa información.

La diversificación de los productos y la complejidad de las técnicas de su fabricación y verificación impiden, de ordinario, que un comprador no perito pueda conocer lo que compra, las ventajas que le reporta su adquisición, su verdadera utilidad, sus peligros. En estas circunstancias la información sobre el producto no es un simple corrector de las falsas apariencias del mismo, sino, a menudo, el único elemento con que cuenta el comprador en el conocimiento del objeto, cuya determinación cualitativa en el contrato se basa casi exclusivamente en esa información que se le suministra.

Pero ¿quién ha de facilitar esa información? Los principios tradicionales que rigen esta materia hacen responsable al vendedor por no haber comunicado al comprador lo que en torno a la cosa conocía o fácilmente pudo conocer. Estos principios en el momento actual, tal como se organizan los procesos de producción y distribución, no son suficientes para asegurar la cobertura de las exigencias de información del consumidor. Normalmente el que enajena el producto es un comerciante que no dispone de conocimientos técnicos suficientes como para poder elaborar y ofrecer, bajo su propia responsabilidad, la información que sobre la cosa necesita el comprador. Ha de limitarse a transmitir la que le ofrece el fabricante del producto. La legislación protectora

(138) «Venditorem scilicet eo ipso, quod rem suam exponit vendendam, temeri quasi ex officio vitia rei notabilia manifestare, ne emptor decipiatur». MOLINA, *De iustitia* II (1597), disp. 353, col. 599, 609.

(139) Así lo pone de manifiesto Jean-Louis BAUDOUIN en su *Rapport Général*, durante las jornadas que la Association Henri Capitant dedicara en 1973 a la protección de los consumidores, *Travaux*, XXIV, p. 3.

del consumidor se enfrenta aquí con una doble tarea: Primero, asegurar en cada operación de venta la información que necesita el comprador, canalizada a través del vendedor, pero ofrecida por el fabricante. Segundo, articular un sistema de responsabilidad por la inexactitud de la información.

La buena fe impone que el vendedor transmita su información de manera que pueda llegar a ser conocida y utilizada por el comprador. Es decir, con la concreción, exactitud y claridad que puedan requerir las circunstancias del caso, teniendo en cuenta los diversos elementos concurrentes (carácter del negocio mismo; circunstancias de la persona, tiempo y lugar). En principio no es exigible que tal información revista una determinada forma, ni tampoco que se adecúe a la forma que en cada caso haya podido adoptar el contrato, esto es, que si el negocio se formaliza en un documento privado, deban contenerse en el mismo las advertencias del vendedor. En general basta con que esa advertencia se haya producido de modo que el comprador haya contratado conociendo el estado de la cosa. Pero sin duda alguna se reforzaría la protección del comprador, si toda advertencia sobre cualquier limitación, defecto o anomalía de la cosa que contradiga su apariencia o las cualidades que se le presuponen, debiera revestir, al menos, la misma forma que haya adaptado la venta a que se refiere. Y aún más, si con independencia de la forma adoptada por la venta, tales advertencias debieran de figurar siempre por escrito en el que constara la aceptación del comprador.

En cuanto al tiempo, las advertencias han de efectuarse antes de la celebración del contrato, pero no significa, sin más, que, con tal que sean anteriores, resulte indiferente el momento en que se haga, pues elegir uno u otro momento puede ser muy significativo para prestarles influencia en las valoraciones del comprador.

La buena fe va a servirnos también para marcar ciertos límites del deber de informar, que resultan de la comparación de la conducta de ambas partes. Porque no es correcto imponer sólo a una de ellas una conducta leal o diligente, cuando el comportamiento de la otra no se adecúa a ese mismo patrón. El artículo 1.484 del Código civil hace aplicación de esta idea en la responsabilidad fundada en la mera existencia de vicios ocultos, y ese criterio puede extenderse a los casos en que se trate de una indemnización de daños o perjuicios (arts. 1.486, 1.487, 1.488 C. c.). Ahora bien, pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor. También responde si afirma o promete, en cuanto que esa afirmación o promesa permita no considerar negligente el comportamiento del comprador que ignora la imposibilidad de la promesa, sino justificarlo en la confianza despertada.

III

MANIFESTACIONES TÍPICAS DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Avanzando en nuestro estudio estamos en condición de preguntarnos: ¿cuáles son los supuestos concretos (supuestos típicos) en que el vendedor de un objeto defectuoso no ha adecuado su conducta a las exigencias impuestas por la buena fe y en los que, por tanto, deba responder al comprador?

Los supuestos típicos de responsabilidad del vendedor que a continuación recogemos tienen un origen histórico; son el resultado de una respuesta matizada del Derecho a las múltiples manifestaciones que a lo largo de los siglos ha adoptado el problema. De entrada conviene hacer en ello dos grupos:

1. En unos casos el vendedor responde porque, en relación con las anomalías cualitativas de la cosa, mantuvo una conducta maliciosa hacia el comprador. En este caso su responsabilidad está fundada en el dolo entendido en sentido estricto. Aquí está el punto de partida en la construcción del supuesto de responsabilidad.

2. También responderá porque, aun cuando no se hubiese comportado maliciosamente, no ha actuado, durante los tratos y al contratar, con la diligencia que en esas circunstancias le era exigible por la buena fe. Diligencia medida, como ya hemos destacado, por el módulo de la culpa lata.

A) LA CONDUCTA DOLOSA DEL VENDEDOR

En la conducta dolosa del vendedor que aquí consideramos puede haber propósito de causar daño al comprador (por ejemplo, le ofrece a bajo precio un automóvil con fallos en los frenos, sin advertírsele, con la intención de que sufra un accidente) (140); pero no es necesario que así sea. Basta con que intente, de modo consciente y voluntario, engañar al comprador, provocar en él una inexacta representación cualitativa de la cosa sobre aquellos extremos en que, dada la índole del contrato, sea relevante un exacto conocimiento, al que hubiera debido colaborar. La intención que tenga el sujeto al engañar es en cierto modo indiferente. No deja de existir dolo porque el vendedor estime que el engaño

(140) Sólo en los negocios gratuitos podría intentarse (y es dudoso) dar el dolo relacionado con los vicios ese sentido tan estricto (cfr. arts. 638, 1.340 C. c.)

no ha de suponer daño al comprador o incluso vaya a reportarle ventajas (141).

Sabido es que el dolo como vicio del consentimiento no se ha limitado a la inducción al error. La práctica y la doctrina han justificado la anulación del contrato por dolo («maquinaciones dolosas»), en casos en que «no hubo error, sino indebida influencia en la voluntad de quien declara» (ausencia de libertad) (142). Mas la peculiaridad del supuesto de los vicios ocultos, en el que el comprador sufre un error acerca del estado cualitativo de la cosa, hará que el dolo suponga ahí, fundamentalmente, una inducción del vendedor en ese error padecido por el comprador al adquirir el objeto defectuoso.

Podemos así concebir el dolo referente al estado cualitativo de la cosa, como una conducta ilícita del vendedor (no adecuada a sus deberes de conducta), consciente y voluntaria (a diferencia de la culpa lata equiparable al dolo) que, incidiendo en el período de formación del contrato de compraventa, contribuye a crear en el comprador un error acerca del estado cualitativo de la cosa (representación inexacta del estado de la cosa).

El engaño puede practicarse de múltiples maneras. Unas veces ocultando lo que se debía advertir, se provoca en el comprador un inexacto conocimiento de la cosa; otras, ese inexacto conocimiento será resultado de una actuación positiva, tendente a crear error (afirmaciones, sugerencias, influencia...).

En las Partidas encontramos ya una referencia a esa doble modalidad. El engaño —según ellas— puede practicarse de «muchas maneras»: «la primera es, cuando lo facen con palabras

(141) En este sentido, pensando en el dolo que vicia el consentimiento, afirma DE CASTRO: «No se requiere que exista una intención dañina o mal intencionada». «Es indiferente la finalidad que se proponga conseguir el autor de las palabras o de la maquinación insidiosa, sea por broma, para el bien del otro contratante o para obtener un beneficio injusto», *Negocio jurídico* (1967), p. 151, § 201.

Por su parte, Díez-PICAZO, pensando en la función sancionadora del dolo, a propósito del incumplimiento de las obligaciones (art. 1.107, II), ha intentado construir un concepto de dolo más estricto, en el cual «deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuanto aquéllos en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo», *Fundamentos I*, p. 708. Compárese. con lo que mantiene en el dolo in-contrahendo, *Fundamentos*, p. 115.

Esta aguda observación puede tener sentido en el dolo sanción, ante la desproporcionada extensión de los daños indemnizables en el artículo 1.107, II. Ahí entronca con una larga tradición histórica que desde una famosa Constitución de Justiniano (C. 7,47) hasta Molineo y Pothier, ha intentado moderar la indemnización en los casos de dolo. Pero fuera de esa función no cabe generalizar semejante noción del dolo, ni siquiera dentro del incumplimiento de las obligaciones (ejemplo, como criterio de imputación de responsabilidad).

(142) DE CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), § 196, p. 148. También en Francia, el Tribunal de Colmar. (30 enero 1970) juzgó dolo las presiones ejercidas sobre una persona, cfr. FLOUR-AUBERT, *Droit Civil, Les obligations I* (1975), p. 148, n. 3

mentirosas o arteras. La segunda es cuando preguntan algún home sobre alguna cosa en el callarse engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede home guardar del engaño» (143).

El valor de esta distinción de las Partidas no es puramente clasificatorio. Tiene interés recordarla para contrarrestar las tendencias a limitar el dolo. El silencio del vendedor, la llamada «reticencia dolosa» (en nuestro caso, el haber guardado silencio el vendedor, en torno a determinadas anomalías de la cosa que no fueron advertidas, ni podían serlo por el comprador; aun sin utilizar artificios de ocultación) no se ha considerado siempre (al tratar de los efectos generales del dolo y particularmente de la anulabilidad) (144) como auténtico dolo. Intentando favorecer los intereses del comercio (caveat emptor) (145), se ha intentado justificar la exclusión en la letra de la Ley, diciendo que los códigos civiles emplean para referirse al dolo expresiones que denotan un comportamiento activo; una acción del sujeto que lo causa, y no su mera pasividad (146). Sólo se dará relevancia al dolo por omisión, en aquellos casos en que una regla especial así lo disponga (147). Semejante restricción del dolo no puede ser, al menos en nuestro Derecho, mantenida. Choca con los principios éticos que lo inspiran, manifestados ya en este punto, de forma clara y concreta, en el texto de las Partidas a que nos hemos referido. Apoyando este criterio, recordemos lo que afirma Castro: «En el Derecho vigente no hay dificultad para atender al dolo por omisión (también «dolo negativo»), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en varios casos, ha entendido existir un error inducido o doloso cuando se ha callado o no se ha advertido debidamente» (148). Y si eso es así respecto al dolo que vicia el consentimiento, aún son mayores las razones que justifican considerar dolosa, en relación con los defectos de la cosa, la reticencia intencionada del vendedor. En el Digesto (149) y en las Partidas (150), existen diversos textos que lo apoyan. También la doctrina histórica impo-

(143) P. 7,16,1.

(144) Información en G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti* (1972), pp. 1 ss.

(145) Ya se advierte en POTHIER, lo que explica su concepto objetivo de los vicios, *Vente*, n. 239.

(146) *Manoeuvres* (art. 1.116 C. c. francés), *raggiri* (art. 1.115 C. c. italiano de 1865 y 1439 C. c. italiano 1942, *maquinaciones insidiosas* (art. 1.269 C. c. español).

(147) Véase VISINTINI, *Op. cit.*, p. 2.

(148) Así DE CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), § 202, p. 152, cita las sentencias del T. S. de 6 junio 1953, 7 enero 1961, 20 enero 1964. También DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (1970), § 106; QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, RDP (1979), pp. 345 ss.; LUNA SERRANO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2 (1977), pp. 63, 64.

(149) D. 18,1,43,2; D. 21,1,9; D. 21,1,14,9; D. 21,1,38,7.

(150) P. 5,5,63; P. 5,8,14.

ne al vendedor el deber de manifestar los vicios (151). Pero además, disipando toda duda, los términos en que se expresa el párrafo 2.º del artículo 1.486 («si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador»), justifican la responsabilidad del vendedor por dolo omisivo, aún más claramente que en otros Códigos (152).

Advirtamos, por fin, que, puesto que estamos ante un supuesto de imputación de responsabilidad a un sujeto (el vendedor causante del dolo), es preciso que la actividad dolosa provenga del mismo. Ello significa la irrelevancia, a estos efectos, del dolo causado por un tercero (153), de modo parecido a como ocurre en

(151) MORALES, ADC (1980), pp. 619-620.

(152) Es forzoso reconocer que el artículo 1.486 II, tal como está redactado, no se limita a los casos en que, por malicia, haya guardado silencio el vendedor. Lo cual se justifica porque, según hemos advertido, este supuesto de responsabilidad traspasa los límites del dolo en sentido estricto.

(153) En relación con la conducta de otras personas, diferentes del vendedor, que intervengan en el contrato, nos interesa considerar las siguientes situaciones:

Intervención de técnicos en el asesoramiento del vendedor. ¿Responde el vendedor de buena fe si el técnico, por ignorancia o mala fe, no le descubre los defectos?

El problema está contemplado en el artículo 1.495 del lado del comprador. Y parece ser, interpretando el párr. I *a sensu contrario*, que el comprador sufre las consecuencias de la ignorancia o mala fe del «facultativo», en cuanto que el vicio deja de ser redhibitorio, aunque éste deba indemnizar al comprador (párrafo II).

Pero esa solución no nos permite entender que deba responder el vendedor en nuestro caso. Por varias razones:

1.ª) Porque la regla del 1.495 es una regla especial, aplicada a las ventas de animales, en las cuales se intentan limitar al máximo las reclamaciones por vicios redhibitorios. Eso ya nos advierte de la posible excepcionalidad de la regla.

2.ª) Porque el efecto que se deriva en ese caso, la pérdida de las acciones edilicias (compensado por la indemnización de daños y perjuicios a cargo del profesor), es mucho menos grave que el deber de indemnizar que podría imponerse al vendedor.

La solución en este caso parece ser diferente. En principio el vendedor de buena fe no responde al comprador por los defectos de la cosa, aunque la inexactitud del informe técnico sea culposa o intencional. La responsabilidad en este caso se desplazará hacia el técnico; particularmente, si su informe suscitó confianza en el comprador.

Intervención de un representante en la venta. En el Derecho común, para la compra por representante y a efecto de las acciones edilicias, se planteó la cuestión de qué conocimiento debía ser tomado en cuenta. ¿El del dueño o el del representante? Esta cuestión ya apuntada en algunos textos del Digesto (D. 18,1,13 y D. 21,1,51), es resuelta tomando en cuenta la concreción con que se haya hecho el encargo, véase HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,66, glosa 1, etc., n. 6.

Nuestro caso es distinto. En realidad, la venta, a sabiendas, de un objeto defectuoso, sin advertirlo, es un acto antijurídico; con él se infringe el deber de informar. De ahí que podamos aplicar el criterio que apunta CASTRO para la buena fe. «La buena fe requerida en los tratos y contratos... queda excluida por la mala fe tanto del representante como del representado», *Temas de Derecho civil* (1972), p. 120. Por eso en nuestro caso el *dominus* que conoce los defectos de la cosa no queda libre de advertirlos por haber utilizado un representante que los ig-

el dolo que vicia el consentimiento (art. 1.269). Cabe, no obstante, que el vendedor se aproveche intencionadamente de la actividad dolosa del tercero, en cuyo caso ese aprovechamiento constituirá una maniobra dolosa del propio vendedor (154).

B) LA CULPA LATA Y SUS MANIFESTACIONES TÍPICAS.

A continuación del dolo nos corresponde estudiar en qué medida la negligencia del vendedor sea, igualmente, criterio de imputación de responsabilidad.

La escasísima regulación de nuestro Código civil nos impone, en este punto, acudir al Derecho histórico. Ahí encontramos unas manifestaciones típicas de actuaciones negligentes del vendedor, que, por su gravedad, han merecido, al igual que el dolo, funcionar como criterios de imputación de responsabilidad.

Fuera del dolo, al vendedor se le va a imputar responsabilidad, por no advertir, como debiera, la situación de la cosa al comprador. Como ya habremos podido observar, la obligación que impone la buena fe al vendedor de advertir al comprador, durante los tratos, las anomalías de la cosa, depende en su contenido concreto de dos factores. De un lado lo que según la naturaleza del contrato que se va a celebrar sea oportuno advertir al comprador en relación con la cosa, por justificarlo su interés. De otro, aspecto que aquí importa resaltar, del nivel de conocimientos que en torno al objeto tenga el vendedor o sea presumible en él o pueda serle exigido, según las circunstancias concretas. Aquí precisamente es donde ha estado la base para poder extender el supuesto de responsabilidad.

La enumeración que a continuación hacemos intenta señalar, para su posterior estudio, los casos en que puede existir negligencia en la conducta del vendedor, base de su responsabilidad.

1. Puede ocurrir, en ocasiones, que aún conociendo el vendedor los defectos de la cosa y estando en su ánimo el no ocultarlos al comprador (con lo cual no puede afirmarse que exista dolo), olvide advertirlos o los advierta en forma equívoca, que determine el error del comprador.

2. Cabe también, en otros casos, que el vendedor ignore los defectos de la cosa, con lo cual no puede existir un propósito de ocultarlos, pero que, a pesar de ello, en las circunstancias concre-

norara, y el representante que los conoce, también debe advertir si lo justifica su intervención en la venta. Se plantea una cuestión distinta al valorar no el conocimiento, sino la posibilidad de conocer. En ella habrá que tener en cuenta cuál ha sido el papel de representante y representado en la venta.

(154) CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), § 205, p. 154.

tas del caso, hubiera podido llegar a conocerlos, empleando una mayor diligencia de la que empleó.

3. En relación con las afirmaciones inexactas del vendedor sobre el estado de la cosa que vende debidas a error, se nos plantea de nuevo el problema de su posible responsabilidad.

4. La pericia del vendedor derivada de su condición profesional, puede constituir también un dato muy significativo para medir el grado de diligencia exigible y, por tanto, su posible responsabilidad. Hay extremos que son normalmente conocidos, y deben serlo en determinados círculos de personas que ejercen una misma profesión u oficio.

5. La cuestión de responsabilidad que aquí estudiamos tiene matices particulares cuando el sujeto que vende la cosa defectuosa es el mismo que ha intervenido en su proceso de fabricación. Porque a su condición de perito se une la de fabricante.

6. Por fin, hemos de tener en cuenta aquello que, en determinadas ocasiones, la ley imponga al vendedor advertir al comprador acerca de la cosa.

Deber de conocer o probabilidad de conocimiento.

Antes de entrar en el estudio del tratamiento que merecen los casos señalados en el epígrafe anterior, conviene hacer una distinción, importante para establecer el alcance de la responsabilidad, y utilidad para nuestro razonamiento.

En todos aquellos casos en que la imputación de la responsabilidad al vendedor se sigue de que las anomalías de la cosa, que el vendedor no advirtió al comprador, podían serle fácilmente cognoscibles, sea por razón de la situación de hecho, sea por sus conocimientos periciales, se suscita la cuestión de si esa responsabilidad se basa, en última instancia, en un deber de conocer tales anomalías o en la simple probabilidad de su conocimiento.

Construir de un modo o de otro el criterio de imputación de responsabilidad no es indiferente y nos conduce a resultados bastante distintos.

Si pensamos que se trata de una probabilidad de conocimiento, fundada en lo que normalmente acontece, puede justificarse el que funcione una presunción de conocimiento («*iuris tantum*» «*hominis*») que, como tal, si otra cosa no dispone la Ley (lo cual sería un indicio de que no es correcta esta calificación), admite la prueba en contrario. La simple presunción de conocimiento no generaría, en verdad, un criterio de imputación de responsabilidad diferente del dolo, pues se estaría imputando responsabilidad al vendedor por dolo presunto. En consecuencia, no debería poderse hablar aquí de la culpa, ni siquiera la culpa lata, como criterio de

imputación de responsabilidad diferenciado. Y a lo más la culpa lata quedaría reconducida al dolo presunto.

Si, por el contrario, entendemos que la razón de la responsabilidad del vendedor se halla en que su ignorancia de las anomalías de la cosa no es, en el caso, excusable, por no haber procedido con la diligencia exigible para obtener el conocimiento que pudiera interesar al comprador, según el contrato, estamos ante un criterio de imputación de responsabilidad distinto del dolo, fundado en la negligencia grave.

a) LA RETICENCIA NO INTENCIONAL: EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1.486 II C. c.

Estudiamos aquí el caso en que el vendedor por olvido o error, deja de advertir al comprador los defectos o anomalías de la cosa que éste tenga interés en conocer.

Queremos limitarnos a la consideración del silencio no malicioso, sin entrar, por el momento, en lo que pueda constituir algún tipo de afirmación (por supuesto, no maliciosa) en torno a las cualidades de la cosa. Pues, en ocasiones, si el vendedor afirma o asegura que su información es completa; es decir, que contiene todos los elementos que en el caso concreto interese conocer al comprador, esta aseveración transformará el carácter de su silencio, haciendo del defecto omitido una cualidad, en cierta medida, afirmada.

Las dificultades opuestas por la doctrina a la consideración de la reticencia voluntaria (reticencia dolosa), que ya conocemos, se van a acentuar en relación con la reticencia no intencional, en la cual quien calla lo hace sin mala intención, sin propósito torcido, que haga reprochable su conducta. Por eso, aún quienes admiten que la reticencia voluntaria es una forma de dolo, pueden encontrar motivos para oponerse a que la reticencia involuntaria merezca en Derecho ser considerada; y en cierta medida, si no se hacen las matizaciones oportunas, no les falta razón (155).

En la reticencia no intencional no existe *animus decipiendi* y no puede afirmarse que haya dolo en sentido estricto. De ahí que cuando se exige que el dolo sea grave, como ocurre en el que vicia el consentimiento, la reticencia involuntaria no pueda ser considerada. Pero eso no significa que la reticencia no intencional tenga que carecer siempre de efectos. Concretamente a nosotros se nos plantea el problema de la posible atribución de responsabilidad al vendedor, en razón de los vicios de la cosa silenciados. El vendedor desmemoriado, por ejemplo, que vende un automó-

(155) Por ej., FLOUR-AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique* (1975), p. 150.

vil, en aparente magnífico estado, con fallos intermitentes en los frenos que olvida advertir, ¿responde al comprador? ¿Cómo imputarle esa responsabilidad?

La primera vía que encontramos para esa imputación es la vía presuntiva. Lo normal es que toda persona que conoce algo que le afecta, se cuide de utilizarlo cuando proceda. Por eso, en los casos en que el vendedor pretenda justificar el silencio en un olvido involuntario, podemos presumir (*facti*) el dolo. Pero esta vía es insuficiente. Deja abierta una cuestión que puede considerarse básica: saber si el posible olvido del vendedor, una vez demostrado, es siempre tolerable y le exonera de responsabilidad, o pugna, en algunos casos, con los deberes de conducta que le impone la buena fe. Lo cual supondría poder considerar entonces relevante a la reticencia no intencional.

Con carácter general, aunque no haya engaño, la buena fe impone ciertos deberes de mínima diligencia en el momento de la celebración del contrato. Ese mínimo de diligencia siempre exigible, cuya falta de empleo provoca responsabilidad, es el que corresponde al módulo de la culpa lata (culpa grave) (156), que históricamente ha servido también para imputar al vendedor responsabilidad por los defectos de la cosa. Pues bien, la cuestión es ésta: ¿Incide en culpa grave el vendedor que, conociendo los defectos de la cosa, no los advierte por olvido o error? La cual, en este caso puede formularse de otro modo: ¿Es excusable el error que ha padecido el vendedor?

En el antiguo Derecho se considera inexcusable la ignorancia crasa. Esta suele entenderse referida al error sobre hechos propios o notorios (157). La razón de esa inexcusabilidad estaba (158) y sigue estando (159) en la gravedad de la culpa que la provoca (culpa lata). Respecto del hecho propio GREGORIO LÓPEZ afirma: «Non enim est tolerabilis ignorantia in facto proprio» (160). Mas lo rotundo de esta regla no impide que en ciertos casos se admita excusa: particularmente cuando el error no supone ventaja en quien lo padece y de ser inexcusable podría favorecer la mala fe de otras personas. Un ejemplo es el pago indebido realizado por error (161). En cambio, el principio se aplica de modo estricto

(156) «Quia dolo aequiparatur».

(157) ESCRICHE, *Diccionario* (1851), s. v. ignorancia.

(158) COWARRUBIAS, *In librum quartum decretalium epitome*, parte 2.^a, capítulo 6.º, n. 21, en *Opera omnia* (1583), p. 336, col 2.^a *in fine*.

(159) CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), § 141, p. 115. FLOUR-AUBERT, *Op cit.*, número 204.

El que la diligencia se aprecie según módulos sociales de diligencia exigible a distintas categorías de personas (hombre normal, profesional...), no significa que se aprecie *in concreto*.

(160) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, P. 3,9,14, glosa, «que la avia comprada».

(161) También en nuestro Código civil, cfr. arts. 1.895 ss.

En el pago indebido, *si no dolo*, hay, al menos, negligencia en hecho propio

cuando la ignorancia de un hecho propio se alega en perjuicio de tercero (162). Así ocurre en el caso de los defectos de la cosa. El silencio del vendedor no sólo revierte en su propio provecho, al facilitarle la celebración del contrato o proporcionarle unas condiciones más ventajosas de las que habría podido conseguir manifestando el defecto, sino que, además, es un factor que contribuye, junto con otros, a la producción de los daños que la cosa pueda provocar en el patrimonio del comprador; pues, seguramente, si éste hubiera conocido sus anomalías, aunque la hubiera comprado, habría podido evitarlos.

El párrafo segundo del artículo 1.486 debe ser interpretado de acuerdo con las anteriores ideas. Pone de manifiesto que la imputación de responsabilidad al vendedor no se limita al dolo (*dolus malus*) en sentido estricto (163), no exige malicia; basta, «si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador». Pero el hecho de que baste el simple conocimiento de los defectos de la cosa, no significa, tampoco, que se abandone el criterio de la culpa lata, para seguir un criterio de imputación de carácter objetivo. El cometido de este artículo no es establecer un criterio de imputación de responsabilidad nuevo, distinto de la mala fe (art. 1.488), sino tipificar un supuesto concreto de aplicación del mismo. Y así, nos describe una conducta que en sí misma envuelve culpa grave.

Un límite a la irrelevancia del error inexcusable del vendedor podría estar en su reconocibilidad por el comprador. No en los casos en que el mismo conozca o pueda conocer (cfr. art. 1.484) el defecto de la cosa, porque ya dejaría de ser oculto el vicio, sino en aquellos otros en que un comprador mínimamente diligente hubiera podido tener sospechas sobre el estado de la cosa o sobre la posibilidad de confiar en el silencio del vendedor (por ejemplo sabe lo extremadamente desmemoriado que es) (164).

del *accipiens*, que, compensada con la del *solvens*, hace excusable ambos errores. Pero la negligencia del *accipiens*, que recibe por error (de buena fe) no deja de ser significativa por esa compensación de culpas, particularmente en el momento de liquidación de la situación. Por ello la remisión a las reglas de liquidación del estado posesorio no es completa. Se hace expresamente para las mejoras y los gastos (art. 1.898), pero no para las desmejoras y las pérdidas (art. 1.897). Y el régimen que establece para éstas el artículo 1.897 no coincide con el general del 457.

(162) Véase ESCRICHE, *Diccionario* (1851) s. v. ignorancia.

(163) Quizá sea BERCOVITZ, entre nuestros autores, el que de modo más rotundo lo destaca: «Contrariamente a lo que opina buena parte de la doctrina, el supuesto de hecho del artículo 1.486, párr. 2.º, no implica la existencia de dolo por parte del vendedor», ADC (1969), p. 832, nota 110.

(164) LUNA SERRANO da a la irrecognoscibilidad del error mayor alcance aún que el que le hemos dado en el texto. Para él constituye (al igual que la inexcusabilidad) un límite general a la relevancia del error. Desenvolviendo esta idea, dice: «El error no puede dar lugar a la invalidación del contrato si es irrecognoscible por el contratante que no lo sufre, ya que éste actúa entonces

b) EL DEBER DE CONOCER: EQUIPARACIÓN DE LA IGNORANCIA CRASA AL CONOCIMIENTO

El carácter craso de la ignorancia de los hechos notorios

En distintos textos del «Corpus iuris civilis» (165), a propósito de materias diferentes, se recoge un principio de equiparación del deber de conocer al conocimiento que, destacado en el Derecho Común, desempeñará un importante papel en la materia de que aquí tratamos. Este principio queda plasmado así: «*Paria sunt scire, vel scire debere*» (166).

La utilización de esta regla supone acudir de nuevo (igual que en el apartado anterior) a la ignorancia crasa o supina, en la cual como ya sabemos, el sujeto no puede aprovecharse de las consecuencias que normalmente se atribuirían a su falta de conocimiento.

El problema radica en determinar en cada caso qué es lo que el sujeto debe conocer, qué es lo que para él se puede considerar

de buena fe y tiene derecho a confiar en lo pactado y la impugnación del contrato iría contra sus expectativas razonablemente fundadas», en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º (1977), pp. 61-62.

Con esta construcción se va a limitar enormemente el alcance protector del error. En la contraposición de intereses entre quien se ha equivocado (excusablemente) y quien ha confiado en que no existía error, se prefiere el de éste. Salvo que la confianza, por falta de diligencia, no merezca ser protegida, caso en el que quizá, más que proteger al que ha padecido el error, sancionamos la negligencia de la otra parte.

La concepción que sostiene LUNA supone dar un giro completo en la doctrina tradicional del error, hasta el punto de hacerle perder su sentido protector. Sentido protector que, quizá de modo un tanto exagerado, había prevalecido hasta ahora, y desde el cual se han construido, de siempre, sus límites, concebidos como casos en que el sujeto que se ha equivocado, por su conducta, no merece protección.

Esa pérdida del sentido tradicional se advierte en esta afirmación: «Hay que favorecer, incluso por razones éticas, que el otro contratante, advertido del error, pueda, si quiere, anular el contrato», LUNA, *Op cit.*, p. 62. Lo cual, como podrá advertirse, va mucho más allá de lo que podrían ser ciertas medidas razonables tendentes a evitar que, una vez que se ha desvanecido el error, el contratante que lo padeció use abusivamente del plazo, manteniendo al otro en estado de incertidumbre.

Quizá debiera existir aquí, junto al actual plazo límite de caducidad, otro complementario y más breve para denunciar error, cuyo cómputo se iniciara en el momento en que fuera descubierto el mismo. La denuncia serviría para advertir al otro contratante, que no actuó dolosamente, de la existencia del error; advertencia que parece exigir la buena fe (art. 1.258). Y una vez conocida la situación, debería dotarse a éste de un medio para forzar la decisión del que ha padecido el error. Algo semejante a lo que prevé el Código para la aceptación de la herencia (cfr. art. 1.005).

(165) Así, por ej.: «Si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere debes te dare oportere» (D. 12,1,5); «qui sciret, aut scire potuisset, filium familias esse eum, cui credebat». (D. 14,6,19); «scit aut scire potuit» (D. 29,2,38); «scire potuerit aut ignorare» (D. 46,1,48).

(166) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,18 Glosa 1.ª, n. 12.

como un hecho notorio. En otros términos, cuál es la diligencia exigible en el intento de conocer, cuya falta de despliegue permita hablar de ignorancia crasa o supina.

Al dar respuesta a esta cuestión de nuevo se percibe la relación establecida por la antigua doctrina, entre la ignorancia crasa y la culpa lata (167): El sujeto se encuentra en esa situación de ignorancia debido a que no ha desplegado la diligencia mínima (culpa lata) exigible en el conocer. Por eso la ignorancia crasa es tan reprochable como la propia culpa lata, y no aprovecha al sujeto. De ahí su equiparación al conocimiento.

En el derecho histórico se establecen, como sabemos, dos módulos diferentes de determinación de la diligencia exigible, según que la persona de que se trate sea o no perito en la materia a que se refiera el conocimiento. Para quien no es perito la ignorancia crasa estriba en desconocer lo que todos o la gran mayoría de los hombres saben que hace del hecho un hecho notorio (168). En el caso del perito la medida de la diligencia exigible la determinan las reglas de su propio arte o profesión, que, no estando determinadas por la Ley, vendrán a ser inducidas del correcto modo normal de proceder de la mayoría de los profesionales.

Esta regla de valoración de la conducta va a ser utilizada a menudo por el Derecho Común en la compra venta (169). Se tendrá por conocedor de los defectos de la cosa al vendedor cuya ignorancia sea crasa o supina. Responde, y no puede, aprovecharse de las ventajas que en orden a la responsabilidad hubiera podido reportarle su desconocimiento de los vicios.

La generalización del criterio del artículo 1.484

Las anteriores ideas hemos de tenerlas en cuenta a la hora de construir la responsabilidad del vendedor en nuestro Código civil, pues aunque expresamente no se desenvuelvan en él en esta materia, hay razones suficientes, aparte de la influencia histórica, para admitirlas.

En efecto, el artículo 1.488 (que es el que de modo más amplio nos formula la regla de imputación de responsabilidad) prevé que es responsable el vendedor de mala fe. Y para precisar cuáles son las exigencias de la buena fe, podemos acudir al artículo 1.484. Ahí el Código concreta la diligencia que debe desplegar el comprador en el conocimiento de los defectos de la cosa, para que los vicios

(167) COVARRUBIAS, *In librum quartum decretalium epitome*, parte 2.ª, cap. 6.º, n. 21, en *Opera omnia* (1583), p. 336.

(168) «*ignorare quod omnes aut maior pars hominum scit*». GREGORIO LÓPEZ, en *glosa*, P. 7,33,11.

(169) Así afirma GREGORIO LÓPEZ «*Nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro sciente*», en P. 5,5,63, *glosa* 5.ª. MOLINA habla de «*ignorancia ven- cible*», *De Iustitia*, disp. 353, col. 613.

de la cosa puedan ser considerados, respecto de él, vicios ocultos, con la consiguiente ventaja (natural al contrato) de las acciones edilicias.

Es razonable que empleemos el mismo módulo de diligencia para considerar que el vendedor (ficticiamente) conocía los vicios de la cosa, que el empleado en caso análogo para el comprador. Porque la buena fe, de la cual resultan esos módulos mínimos de diligencia exigible, impone a los contratantes (hechas las debidas apreciaciones de su condición personal) unos deberes de conducta análogos y recíprocos. En el artículo 1.484 del Código encontramos esos mínimos de diligencia exigibles en el conocer, susceptibles de ser utilizados tanto en relación con el comprador como con el vendedor. De ahí que al vendedor no perito pueda exigírsele descubrir los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista y al vendedor perito, aquéllos que, aún no estando a la vista, «por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocer». En definitiva, se generaliza así el criterio de mínima diligencia, en armonía con el perfilado en el Derecho histórico, fundado en la culpa lata.

El carácter recíproco de la diligencia exigible: factores de diversificación

Sentado este criterio, para comprender mejor su alcance práctico hemos de hacer una nueva observación. Se trata, como hemos visto, de un *criterio recíproco*, que impone unos deberes de diligencia análogos a ambas partes contratantes. De ahí resulta que para poder imputar, en cada caso concreto, responsabilidad al vendedor, por razón de esa falta de diligencia en el conocer los vicios de la cosa, tengamos que tener en cuenta la diligencia que en ese mismo caso era exigible al comprador en procurarse por sí mismo ese conocimiento. Y así nos encontramos con que a veces las consecuencias de la falta de diligencia del vendedor quedarán enervadas por la paralela falta de diligencia del comprador.

Si fuera siempre así, la regla de imputación de responsabilidad al vendedor dejaría de tener sentido práctico. Por ello, para concluir, hemos de destacar, en qué situaciones, ante un determinado defecto de una cosa, puede ser exigible al vendedor una diligencia en su conocimiento que, a su vez, no sea exigible al comprador.

Para contestar a esta importante cuestión, señalaremos unos factores de diversificación en el desenvolvimiento práctico de la regla de imputación de responsabilidad. Estos *factores de diversificación* son, principalmente, dos:

1.º *La condición de perito que ostente el vendedor frente a un comprador no perito*. Esta condición hará que, ante un mismo defecto o anomalía de la cosa, sea exigible al vendedor el conocimiento y no lo sea al comprador. De este modo no va a ser igual la protección del comprador cuando se entiende (aunque ello, es verdad, en muchos casos siga siendo artificioso) que contrata con

un igual (dos peritos, dos no peritos), que cuando tiene frente a sí un contratante más fuerte (vendedor perito, comprador no perito), lo cual está en una línea de protección del contratante más débil.

2.º *El contacto que han tenido con la cosa vendedor y comprador.*—El contacto que ha podido establecer con la cosa el vendedor quizá, en muchos casos, ha sido más intenso; le ha ofrecido más posibilidades de conocimiento, que el que la ocasión de celebrar el contrato ha brindado al comprador.

Ante determinadas anomalías que sólo se descubren con un uso prolongado de la cosa, hemos de tomar en cuenta el contacto que cada una de las partes haya tenido con ella, para valorar desde él, en función del módulo de diligencia exigible en el conocer, las posibilidades concretas que a cada una se le ofrecieron para llegar al conocimiento. En el vendedor ha de tenerse en cuenta el tiempo que permaneció la cosa en su patrimonio, la utilización que hizo de ella, y todo cuanto permita llegar a la conclusión de que pudo serle fácil averiguar el defecto. En el comprador importa si ya conocía la cosa antes de contratar y en qué medida ese conocimiento pudo permitirle descubrir, en las circunstancias en que se produjo, el defecto; también importa precisar, si en el momento de la celebración del contrato realizó las comprobaciones mínimas normales en cualquier comprador, dadas las circunstancias que rodearon al mismo. No es igual, por ejemplo, que se adquiriera una cosa teniéndola a la vista, que una mercancía que por el lugar en que se encuentra al celebrar el contrato, no es susceptible de previa verificación. Aquí también se tomará en cuenta la confianza que el vendedor, por sus afirmaciones en torno a la cosa, haya podido despertar, justamente, en el comprador.

Todos estos factores habrán de ser ponderados en cada caso concreto. Debiendo *deslindarse* lo que es *cuestión de derecho* de lo que es *cuestión de hecho*. Por cuestión de derecho debe entenderse todo aquello que se refiera a la medida de la diligencia exigible, en la cual hemos intentado anteriormente establecer unos principios. La otra tarea, no menos importante y dificultosa, será fijar en cada caso concreto cuáles son los hechos que interese valorar, según criterios jurídicos, para poder llegar a la imputación de responsabilidad. Esta segunda tarea queda en cierto modo encomendada a la apreciación del juez en el proceso, pero, con respecto a ella, encontramos en el Derecho histórico una presunción: se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa. De su verdadero alcance y sentido actual vamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

Se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa: alcance histórico y actual de la presunción

El contacto que haya podido mantener el vendedor con la cosa antes de la venta hace, al menos muy probable, el conocimiento de

sus anomalías De ahí que ya el Derecho común procurara atribuirle consecuencias jurídicas.

El punto de partida de la discusión podemos situarlo en un textos del Codex de Justiniano (170). No se refiere directamente al problema de los vicios ocultos, sino al conocimiento del verdadero valor de la cosa en la rescisión por lesión. Contiene un principio que va a ser objeto de generalización. Así llegará a decirse: «Dominus praesumitur scire qualitates rerum suarum» (171); «venditor praesumitur scire rei qualitatem, et ibi, calliditate» (172); «venditor praesumitur scire vitium, et qualitates rei venditae» (173), ¿Qué carácter tiene esa presunción?

El que los autores afirmen que estamos ante una «ex iure praesumptione» (174), sin duda por el apoyo que le presta el Codex, no nos aclara suficientemente su naturaleza, porque puede tratarse tanto de una presunción *iuris et de iure* como *iuris tantum*.

Un modo indirecto de esclarecer su naturaleza puede ser averiguar si, frente a ella, se admite la prueba en contrario Si se admite, el alcance de la presunción estaría limitado a la fijación de los hechos y se basaría en la probabilidad de que el vendedor, por el contacto que tiene con la cosa, conozca sus defectos. En cambio, si se estima que no es posible la prueba en contrario, esta presunción estaría manifestando un deber del vendedor de conocer la cosa que vende que, formulado en términos absolutos, podría traspasar los límites de la imputación de responsabilidad por culpa, viniendo a basarla en un criterio objetivo.

La doctrina histórica no es suficientemente elocuente en relación con la admisibilidad de la prueba contraria. Se nos dice: «Ignorantiam vero suo juramento venditor probare non poterit, quia contra eum est praesumptio scientiae» (175). Y de ahí tenemos que intentar extraer consecuencias.

Todo parece indicar que la presunción de conocimiento de los defectos de la cosa por el vendedor no pasa de ser, a lo más, una

(170) C. 4,44,15. De este texto ofrece GARCÍA DEL CORRAL la siguiente traducción:

«Ningun mayor de edad que hubiere enajenado predios, aunque situados lejos, consiga de ninguna manera facultad para la repetición de la cosa vendida, por razon de haber sido el precio algo menor. Porque no se deja que se pierda el tiempo en baldíos propósitos, para que se disculpe a sí mismo de no haber conocido el valor de las fincas el que debía haber conocido el valor de los bienes familiares, o sus méritos y sus emolumentos». *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 2.^a parte, *Código*, tomo I (1892).

(171) SURDO, *Decisiones*, 146, n. 13, HERMOSILLA, *Addiciones*, P. 5,5,66, glosa 1.^a, etc., n. 23.

(172) BALDO en D. 21,1 princ., en *Commentario in secundam Digesti Veteris Partem*, Lugduni (1585), p. 183.

(173) SURDO, *Decisiones*, dec. 146, n. 13, Lugduni (1600), p. 298.

(174) Vid. SURDO, *Decisiones*, dec. 146, n. 12; HERMOSILLA, *Addiciones*, P. 5,5,66, glosa 1.^a, n. 23.

(175) *Addiciones*, P. 5,5,66 glosa 1.^a, n. 24.

presunción *iuris tantum*. El hecho de que al mismo no se le admitiese en el Derecho común probar, mediante juramento, su ignorancia de los defectos de la cosa no indica que la presunción sea *iuris et de iure* (176), pues la prohibición de juramento en contrario suele ser característica de todas las presunciones de derecho: «Quando adest praesumptio in contrarium talis probatio per juramento non admittitur» (177).

Incluso, en la rescisión por lesión, va a intentarse restar fuerza a la presunción, minimizando el alcance de la expresión del Codex (*scire debuerat*). En este sentido, BARTOLO entendía que ese modo de expresarse el Codex no impide, en términos absolutos, la res-

(176) El hecho de que el vendedor no pueda probar su ignorancia a través de juramento, ¿significa que estemos ante una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario?

La contestación a esta pregunta depende del alcance que tenga la exclusión del juramento en el campo de las presunciones establecidas por el Derecho. Por ello sólo es posible contestar afirmativamente al interrogante anterior, si se demuestra que el juramento sólo se excluye, en los casos en que la presunción establecida no admita ningún tipo de prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*). En otro caso no será posible extraer semejante conclusión.

Sobre este punto MENOCHIO, autor que ha estudiado con gran amplitud el tema de las presunciones, nos recoge a principios del siglo XVII el siguiente estado de la cuestión: Cuando la presunción es *iuris et de iure*, la doctrina coincide en no admitir el juramento en contra de la misma. En cambio, cuando se trata de una presunción *iuris tantum*, la doctrina aparece dividida y pueden advertirse dos direcciones. Una primera para la cual tampoco es admisible el juramento, aunque se trate de presunción *iuris tantum*. Otra que sí lo admite. Entre ambas MENOCHIO considera que la primera ha llegado a tener mayor influjo. Fue la opinión mantenida por BARTOLO, autor de gran autoridad. MENOCHIO, *De praesumptionibus coniecturis, signis et indicis commentaria; in sex distincta libros*, Coloniae Agrippinae (1606) *quaestio LXXVII*.

Este criterio, por otra parte, es razonable. El que una presunción *iuris tantum* admita prueba en contrario no significa, necesariamente, que frente a ella sean posibles todos los medios de prueba. La norma que establece una presunción y admite la prueba en contrario, puede dosificar los medios de prueba admisibles para la destrucción, en función de las peculiaridades de cada caso. Y aquí es precisamente donde debe ponerse de manifiesto la diferencia existente entre una prueba directa de los hechos y una prueba fundada en la confesión bajo juramento, pues la confesión, aunque se refuerce con el juramento, favorece a la persona que la presta.

Esa lógica desconfianza hacia el juramento, como medio de demostrar la ignorancia, es patente en nuestra doctrina. La opinión de COVARRUBIAS es enormemente significativa, por unir a su condición de fino jurista, la de moralista. Cuando se plantea la cuestión de «si adversus praescriptionem maioribus sit concedenda restitutio ex causa iuste ignorantie», contesta negativamente aduciendo esta razón: «Ignorantia vero in hoc tractatu plenissime erit probanda; Nec sufficet iuramentum ignorantis...», en *Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*, 2.^a parte, § 3, *omnia opera*, II, Caesaraugustae (1583), p. 887, col. I. Es cierto que en otro lugar mantiene una posición diferente, llegando a afirmar: «Probatum ignorantia proprio iuramento». *Variarum resolutionum*, lib. 2, cap. 2, n. 1, en *op. cit.*, I, 592, col. II. Sin embargo esto no puede interpretarse como una contradicción con el criterio mantenido en el texto anterior, pues la solución diferente que aquí se ofrece está justificada en razón de que se trata de una materia penal, en la cual, lógicamente, los criterios de la prueba deben ser distintos de los que imperan en las materias civiles.

(177) *Additiones*, P. 5,5,66 glosa 1.^a, n. 24.

cisión por lesión, porque no se refiere a un deber de conocer sino al hecho del conocimiento probable. Y, partiendo de esta idea, aún llegará a más. Llegará a sostener que en la rescisión por lesión debe sustituirse la presunción de conocimiento por una presunción de error (178); error probable, a pesar de referirse a un hecho propio, porque no es probable que nadie conscientemente dilapide lo suyo (179). Mas ha de reconocerse que no ocurre del mismo modo cuando se trata de vender una cosa defectuosa, porque ocultar sus defectos favorece al vendedor, facilitándole su venta. Es un comportamiento más probable.

La presunción de que el vendedor conoce los defectos de la cosa que vende no será recogida en nuestro Código civil, dejando así de constituir una presunción *iuris*. Esto parece razonable. Afirmar, en términos generales, que es presumible, aunque sólo sea «*iuris tantum*», que el vendedor conoce, como propietario (poseedor), los defectos de la cosa que vende, puede en muchos casos resultar excesivo. No siempre, la utilización que haya hecho el vendedor de la cosa o los medios de que disponía, le habrán podido permitir advertir, fácilmente, la existencia de defectos en ella. La presunción de conocimiento ha dejado, por tanto, de ser una *praesuntio iuris*, para pasar a ser una *praesuntio facti*, en los casos en que resulte oportuna su utilización.

Con todo, en algunos casos concretos puede ser de interés utilizar esta presunción como medio indirecto de proteger al comprador.

c) RESPONSABILIDAD POR LAS CUALIDADES ATRIBUIDAS TEMERARIAMENTE A LA COSA POR EL VENDEDOR

Cuando en una venta genérica el vendedor atribuye al género ciertas cualidades y éstas se incorporan al contrato, queda obligado por ello e incumple su obligación, con la consiguiente responsabilidad, si el objeto entregado carece de ellas.

Pero en la venta específica no sucede exactamente así. En principio, no cabe pensar que el vendedor haya quedado obligado en las cualidades atribuidas, porque, siendo la cosa defectuosa, tal obligación es originariamente imposible, y el contrato no ha previsto su reparación o transformación por el vendedor. Esto no excluye plantear la cuestión desde el ángulo de la responsabilidad, a través del cual también es posible exigir al vendedor la reparación

(178) BARTOLO, *In priman Codicis partem*, Com. ad C. 4,44,15, Lugduni (1581), 154.

(179) «Nan licet venditor, et locator scientiam valoris rei suae habere praesumat, et vires sui patrimonii, ... et licet facti proprii scientia praesumat, ... haec praesumptio non est suficiens, quia tollitur ab alia fortiori, quae est, quod quis non praesumitur jactare suum». HERMOSILLA, *Adiciones*, P. 5,5,56, glosa 4, n. 82, recogiendo la opinión de otros autores.

de la cosa, para procurar al comprador una indemnización in natura.

La justificación de la responsabilidad del vendedor en un caso así puede hacerse de dos maneras: Por razón de la fuerza vinculante de sus propias afirmaciones, susceptibles de generar confianza en la otra parte contratante. Calificando de máxima negligencia (culpa lata) la conducta del vendedor que asegura lo que ignora; lo cual permitirá imputarle responsabilidad (in contrahendo).

De estos dos modos dejamos a un lado, por el momento, al primero, no sin advertir cómo, pese a lo razonable que parece, causas históricas y dogmáticas, que ahora sólo podemos apuntar, han hecho que se abra camino en la venta específica con enorme dificultad. El Derecho común se encuentra forzado, debido a la estructura del Derecho romano, a construir, en la venta específica la responsabilidad del vendedor en base al dolo, por ser éste, fuera de la *stipulatio*, el único caso en las fuentes en que el vendedor indemniza el interés del comprador (180). De otro lado, la rigidez de la dogmática pandectista, ante el contenido imposible de las cualidades atribuidas a la cosa por el vendedor, no encontrará suficiente esa atribución para hacerle responder, si no hay dolo o una especial promesa de asunción de garantía (de gran rigidez) que se destaca del contenido obligacional de la venta, contrato básico (181).

En cambio, la justificación del segundo se encuentra en los propios textos romanos, lo que hará que adquiera arraigo en el Derecho común y constituya el único medio para exigir en estos casos responsabilidad, hasta que los humanistas nos pongan de manifiesto la oportunidad del otro.

Acotado nuestro punto de observación, tiene particular interés un pasaje del Digesto, atribuido a ULPIANO, en el que el vendedor de un esclavo le atribuye ciertas cualidades, ignorando que carece de ellas (182). En ese texto se considera una conducta del vendedor que, aunque no sea directamente maliciosa, es asimilable al dolo. La responsabilidad proviene de la ligereza de un vendedor que ha hecho afirmaciones temerarias (*facile... asseverare, temerariam indicationem*), con las cuales incluso genera un desequilibrio contractual (*caro vendidit*)

(180) Ya que la *mancipatio* llegará a desaparecer, cfr. MORALES, ADC (1980), 595.

(181) GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. y notas PEROZZI y BONFANTE, XXI (1898), pp. 69-71; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.^a ed., II-2 (1882), § 327; DERNBURG, *Pandekten*, 3.^a ed., Berlín (1892), § 101; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II (1906), reproducción (1963), § 395, p. 697. Los postulados pandectistas influyen en el BGB, cfr. § 463.

(182) «Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex emto teneatur; et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile, quae ignorabat asseverare. Inter hunc igitur et, qui scit, interest, qui scit, praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem» (D. 19,1,13,3).

En este pasaje se va a inspirar el Derecho común para formular la siguiente regla: «In dolo est qui aserit id quod ignorat» (183). Regla que conserva hoy interés en cuanto destaca una manifestación de la mala fe del vendedor.

Es oportuno utilizar esta regla para precisar mejor, de acuerdo con el Derecho histórico, el sentido de la mala fe del vendedor en el artículo 1.488. A la vista de su formulación histórica, se nos plantean en el Derecho actual dos cuestiones diferentes. Una, en torno a lo que podamos considerar afirmaciones del vendedor. Otra, sobre el significado de su ignorancia. Sobre cada una de ellas, vamos a insistir a continuación.

1. Hay que valorar en primer lugar el sentido de las afirmaciones del vendedor. Para que el vendedor responda del contenido de una afirmación inexacta hará falta que la haya atribuido por sí mismo a la cosa, de manera que, aunque la información transmitida se la hubiera suministrado otra persona, él la haga suya y la ofrezca como tal al comprador.

Por eso, el vendedor no responderá si se limita a transmitir la información ajena de que dispone, advirtiendo esa procedencia. Por ejemplo, los informes ofrecidos por el fabricante del objeto vendido, o la información que le ofreció la persona de quien adquirió la cosa, o determinados informes técnicos o periciales que conoce. Mas para ello será preciso que la información transmitida sea verdaderamente ajena y no esté elaborada por personas de las que deba responder el vendedor.

Además de esa procedencia, el vendedor debe ignorar justificadamente (esto es, habiendo utilizado la diligencia mínima que, según su condición, le sea exigible en inquirir el estado de la cosa) la inexactitud de la información transmitida, pues, en otro caso, ese conocimiento permitiría apreciar un comportamiento, si no doloso, al menos negligente, en el conocer. Para ello es importante tomar en cuenta la condición del vendedor (ej., comerciante habitualmente dedicado a ese género de mercancías) y las posibilidades de que por su condición la anomalía le sea manifiesta.

2. Pasemos ahora a la segunda cuestión. ¿Cómo ha de entenderse la ignorancia del vendedor? En el modo de entender la ignorancia está la clave para delimitar el alcance de la regla.

Existen dos modos posibles de interpretarla: uno de carácter objetivo, que entiende la ignorancia como conocimiento inexacto de lo afirmado, sin entrar a discernir la circunstancia de que tal inexactitud sea perceptible o no por quien afirma. Así respondería, incluso el vendedor que hizo afirmaciones en base a un error excusable; por ejemplo, se ha basado en un autorizado dictamen pericial que previamente solicitó. Mas la ignorancia a que se

(183) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,63, n. 6, II (1726), p. 852. P. 5,5,23, glosa 3 y 4, n. 19 y 20; P. 5,5,18, n. 6 y 27.

refiere el aforismo latino con toda probabilidad significa otra cosa: que el vendedor es consciente de su ignorancia cuando hace la afirmación y conoce, por tanto, la posibilidad de que tal afirmación, hecha en términos absolutos, sea inexacta, o que si no es consciente de ello, ha incidido en un error inexcusable al creer que es exacto el contenido de su afirmación.

Valorar de un modo o de otro la ignorancia conduce a dos interpretaciones completamente diferentes del aforismo. Si se interpreta en el primer sentido, el vendedor (y generalizando, cualquier contratante) responderá de sus afirmaciones en torno a la cosa al margen de la culpa. Si lo interpretamos en el segundo sentido, la responsabilidad se justifica en base a la conducta gravemente negligente del vendedor, al hacer afirmaciones temerarias en torno a la cosa. Entre ambos sentidos, el segundo es el que mejor se acomoda al espíritu del texto de Ulpiano anteriormente transcrito, y, por tanto, al significado histórico de la regla extraída del mismo. Y como hemos dicho hace un momento, puede muy bien servirnos para explicar una posible manifestación de la mala fe en el párrafo 2.º del artículo 1.488 de nuestro Código civil.

Queda, sin embargo, en pie una cuestión. ¿Es forzoso acudir al dolo (como criterio de imputación de responsabilidad), como se hace en el Derecho Romano y en el Derecho Común y como parece incluso hacerse en nuestro Código civil (arts. 1.486, 1.487, 1.488), para imputar responsabilidad al vendedor por sus afirmaciones inexactas acerca de la cosa? ¿No es posible llegar al mismo resultado (aun tratándose de una venta específica) en base a la fuerza vinculante de las propias afirmaciones del vendedor, como, sin excluir la anterior vía, intentaron poner de manifiesto los humanistas franceses? De esta cuestión esperamos tratar con detalle en un posterior estudio, por eso nos limitamos aquí a plantearla.

d) RESPONSABILIDAD FUNDADA EN LA IMPERICIA.

Imperitia culpa adnumeratur

En las Reglas de Derecho del Digesto se equipara la impericia a la culpa: «*Imperitia culpa adnumeratur*» (184). Este principio lo encontramos aplicado en otros textos.

Por ejemplo:

A propósito del caso en que alguien ha recibido, para tornear, una copa, que rompe por impericia, ULPIANO considera que es responsable.

«*Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur*» (185.)

(184) D. 50,17,132.

(185) D. 9,2,27,29.

En un caso parecido en el que el artífice ha recibido una piedra preciosa para engastarla o esculpirla y se ha roto, piensa el mismo autor que el artífice no responde si la rotura se hubiera debido a vicio de la materia, pero responderá si proviniera de su impericia.

«Si gemma includenda aut insculpenda data sit ea que fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit» (186.)

En otro texto utilizará ULPIANO, siguiendo a CELSO, esta misma regla de equiparación de la impericia a la culpa en arrendamientos, no ya de obra, sino de servicios; concretamente, si alguno tomó en arrendamiento el apacentar becerros, o el remendar o pulir alguna cosa.

«Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo Digestorum scripsit, si quis bitulos pascendos, vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, et quod imperitiam peccavit, culpam esse, quippe ut artifex inquit conduxit» (187).

En otro lugar, por fin, se aplica la misma regla, sin enunciarla ni hablar de impericia, haciendo responsable al constructor de un canal que se pierde por vicio de la obra (188).

La equiparación de la impericia a la culpa tiene sentido, ante todo, dentro del contrato de arrendamiento de obra o de servicios, en cuanto que en ambos existe una obligación de hacer. Sin embargo, la generalización de la regla que se hace dentro del propio Digesto, va a permitir ensanchar más tarde su ámbito de aplicación e incluso trasladarla a la compraventa.

La impericia del comerciante-vendedor.

El ejercicio de la profesión de comerciante, como la de fabricante, fue considerado en otra época motivo especial de imputación de responsabilidad por las mercancías vendidas defectuosas. Esta responsabilidad era consecuencia de un modo de concebir la profesión. Al comerciante se le exige cierto nivel de conocimientos de las mercancías a cuyo comercio se dedica para poder cumplir lo que su profesión le impone: Seleccionarlas adecuadamente; «no poner a la venta más que buenas mercancías» (189). Así concebido, el comerciante es un verdadero colaborador del cliente.

En abierta contraposición con la concepción anterior, se puede limitar la función del comerciante a la de un mero canal de distribución del producto, que compra y revende, sin asumir especiales responsabilidades profesionales en el desempeño de esta tarea. Pu-

(186) D. 19,2,13,5.

(187) D. 19,2,9,5.

(188) D. 19,2,62.

(189) POTIER, Vente, n. 214.

diendo quedar, incluso, exonerado, por su condición, de la obligación legal de garantía o saneamiento por vicios ocultos.

¿Cuál de estas dos concepciones es la que procede defender hoy? No es posible, ni conveniente, inclinarse rotundamente por una ni otra, y se hace forzoso encontrar un punto de equilibrio, que valore las exigencias éticas de la profesión, en función del modo en que se desenvuelve normalmente en la sociedad actual; es decir, según lo que de ella hoy se exige y en atención a las posibilidades prácticas.

La concepción histórica de las obligaciones de la profesión de comerciante choca en la organización actual con delicados inconvenientes prácticos. La enorme diversificación de los productos que se ofrecen en cualquier rama del comercio, su acentuada complejidad técnica y hasta el mismo modo en que se presentan, hacen que escape hoy a los conocimientos y medios de que dispone un comerciante normal, la posibilidad de someter a un control riguroso las mercancías que vende (190). Así no es posible exigirle una buena selección, y su asesoramiento al cliente por fuerza será superficial, con meras orientaciones genéricas, o limitado a transmitir la información suministrada por el fabricante.

Con esto no quiere decirse que la condición de comerciante haya quedado vaciada de exigencias éticas en el momento actual. El comerciante en cuanto vendedor no debe quedar paradójicamente aliviado de las exigencias que en esas circunstancias impondría la buena fe a cualquier otro vendedor. Particularmente cuando esa venta se realiza a un no comerciante, consumidor. Con razón se ha sostenido que este tipo de ventas deben quedar fuera del Código de comercio y regirse por las reglas del Derecho común. Pero aún dentro del propio Código de comercio, el artículo 344 prevé la responsabilidad del «contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal».

Siendo así, ¿cuándo deberá responder un comerciante de los daños causados por el producto defectuoso que vende?

En primer lugar, como cualquier vendedor, cuando atribuye al producto vendido cualidades concretas que no tiene, pero que el comprador puede razonablemente esperar, u oculta los defectos del mismo que conoce y no sean de esperar... Los fallos de determinadas mercancías (marcas, series, tipos) en muchos casos no podrán ser detectados anticipadamente por el comerciante; pero

(190) «Los procesos de fabricación —señala Rojo— resultan desconocidos para el comerciante o comerciantes que intervienen en el proceso de ventas; el envoltorio y los precintos impiden las más de las veces un examen directo y personal, para el que —además— carecen por lo general de la preparación técnica necesaria. De un especialista el comerciante se ha convertido en un profano de las mercancías que vende». *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), 27.

cuando el fallo es reiterado, llegará a tener, por su posición, conocimiento del mismo. Entonces debe rechazar la venta del producto, o venderlo en condiciones en que sea tolerable el defecto, o advertir al cliente.

Cuando el comerciante reciba un encargo concreto del cliente, el ofrecer algún objeto como adecuado a lo encargado puede ser un modo de atribuir cualidades al mismo, por el que se deba responder.

La responsabilidad por lo afirmado, no ha de limitarse a las cualidades concretas atribuidas al objeto vendido, aunque sea ese el caso en que más claramente se percibe. En cada operación de venta que realiza un comerciante se reafirma su «prestigio comercial», lo que puede significar en modo tácito de atribuir un determinado nivel de calidad a sus productos.

En ocasiones, particularmente en determinados tipos de maquinaria, la actividad comercial no se limita a la venta de un producto, sino que va precedida de un asesoramiento técnico, para aconsejar al comprador el objeto más adecuado a sus necesidades. Este consejo podrá ser para quien lo presta fuente de responsabilidad, si el objeto recomendado es inadecuado a las exigencias del comprador, aunque en sí mismo considerado no sea defectuoso. En estos casos, al fijar las consecuencias de tal situación, no debe olvidarse que la venta y el asesoramiento componen una unidad comercial inextinguible, en virtud de la cual la suerte de aquélla podrá quedar afectada por la inexactitud de éste, como así mismo, la responsabilidad derivada de esa inexactitud deberá medirse tomando en cuenta los intereses suscitados por la fracasada venta.

Así, hemos señalado unos casos en los que el comerciante que vende una mercancía defectuosa responderá, y hemos rechazado la posibilidad de construir un criterio general de imputación de responsabilidad fundado en la condición de comerciante, porque en las circunstancias en que hoy ejerce su profesión, no siempre le es posible evitar poner en venta mercancías defectuosas. Mas este cambio de circunstancias no debiera significar una degradación de su función, una pérdida del sentido social de su profesión. Al comerciante debe exigírsele, incluso hoy, que seleccione sus productos; y de un modo particular, que evite poner en venta los que en su destino normal resulten peligrosos (ej., alimentos en mal estado).

La impericia del fabricante-vendedor.

La regla «imperitia culpa adnumeratur» ha sido históricamente utilizada para imponer a quien vende un producto defectuoso fabricado por él, el deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comprador. Aquí nos interesa tomarla en cuenta, en cuanto, utilizándola en el contrato de compraventa, se puede in-

ferir un criterio de imputación de responsabilidad, por culpa del vendedor.

Evidentemente, ese criterio se relaciona con un tema más general, el de la responsabilidad del fabricante, tema que, por los espinosos problemas de construcción que plantea y por sus significativas consecuencias sociales, en una época, como la nuestra, en que la mayoría de las operaciones de tráfico de bienes de consumo se refieren a objetos nuevos, preocupa intensamente a los legisladores, a los tribunales y a la doctrina. Pero es ésta una cuestión en la que ahora no vamos a entrar con la calma que exige su complejidad. Nos basta con destacar ese aspecto parcial de la responsabilidad por impericia del fabricante-vendedor, porque es el único que puede relacionarse con la cuestión de que se ocupa este trabajo.

El problema de la consideración de la impericia del fabricante en el contrato de compraventa: el ejemplo de la venta por el promotor o constructor-vendedor de pisos o locales terminados.

La responsabilidad por impericia del artífice es fácil de construir dentro del contrato de obra, pero choca con dificultades cuando entre el artífice y el adquirente no ha mediado esa relación, sino una compraventa. ¿Cómo, en un contrato de compraventa, con un esquema obligacional pensado para la enajenación y ajeno, por tanto, al proceso de fabricación (art. 1.445), cabe tomar en consideración la pericia en el hacer del fabricante, del constructor? ¿No parece ser ésta, a primera vista, irrelevante en su esquema obligacional?

Plantear la cuestión de la responsabilidad del fabricante vendedor es tanto como preguntarse si es posible desde la estructura del contrato de compraventa exigir responsabilidad por la impericia con que un sujeto actuó en el proceso de fabricación.

La cuestión es hoy de enorme interés, pues ha de reconocerse que en los casos, ciertamente no los más numerosos, en que un fabricante y un consumidor entran en contacto jurídico directo, sin insertarse otros eslabones en la cadena de la distribución del producto (por ejemplo, un guarnicionero vende las carteras que fabrica, un panadero vende en su establecimiento el pan que cuece, un promotor vende los pisos que edifica), lo hacen a través del contrato de compra-venta, habiendo perdido el contrato de obra el papel que pudo tener en la distribución de bienes dentro de la sociedad artesanal.

Entre nosotros, ha sido a propósito de la venta de pisos y locales por el constructor o promotor, donde con mayor reiteración se ha planteado ante los tribunales esta cuestión de responsabili-

dad (191). Quizá esta mayor litigiosidad en parte sea debida a los enormes abusos que se han producido en este campo y a la circunstancia de que el gran desembolso que el comprador ha realizado justifica su defensa procesal.

La escasez de plazos y la insuficiente protección que en este caso pueden brindar al comprador las acciones edilicias ha dado origen a una interesante dirección jurisprudencial que (sin perjuicio de que más tarde la estudiemos con mayor detenimiento) podríamos caracterizar por estos rasgos: El Tribunal Supremo no considera que la existencia de las acciones edilicias, con su limitada duración (art. 1.490) impida aplicar las reglas generales del derecho de obligaciones. Él las utiliza, manejando, de modo flexible, la idea de incumplimiento, para permitir la indemnización de los daños y perjuicios que reconoce el artículo 1.101 de nuestro Código civil; indemnización que puede llegar a consistir en la reparación *in natura*, o la resolución que admite el artículo 1.124. En ocasiones, a partir de la interesante sentencia de 11 de octubre de 1974, traslada al promotor-vendedor el sistema de responsabilidad que, para el contrato de obra, prevé, en caso de ruina, el artículo 1.591 de nuestro Código civil.

Aun que hay autores cuyo criterio parece coincidir con esta orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (192), la mayoría de nuestra doctrina, ha expresado sus más vivos reparos dogmáticos ante ese modo jurisprudencial de construir la responsabilidad del constructor o promotor vendedor. Lo cual no se opone a que se considere equitativo el resultado protector por ahí alcanzado (193) y hasta tal vez plausible el intento (194).

En estas críticas, más bien de carácter formal, van a surgir pos-

(191) El problema es tratado por CABANILLAS, con profusión de datos, en «*La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981) en este ANUARIO, ADC XXXV-3, a donde remitimos al lector que desee obtener información más amplia que la que aquí se ofrece, ceñida tan sólo a los aspectos que el desenvolvimiento de este trabajo ha exigido destacar. El hecho de que el trabajo de CABANILLAS se publique en este mismo número del ANUARIO ha dificultado las citas del mismo.

(192) CABANILLAS (ADC, XXXV-3) señala en esta dirección a: MULLERAT BALMAÑA, *La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos*, RJC (1978), 170; DEL ARCO PONS, *Derecho de la construcción* (1980), 289; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. I. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, vol. 1.º (1974), p. 218.

(193) Así, CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(194) «Todas las anteriores observaciones aconsejan, en último término, ponderar con mucha discreción la doctrina de las sentencias comentadas. Discreción no quiere aquí decir condena, pues no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio progresivo y atento a la evolución real de los problemas. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia examinada no cierra, antes bien, inicia un camino». CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores* (1976), p. 252.

turas de muy diferentes matices (195). Entre ellas, la más generalizada distingue dos supuestos: a) La venta de pisos por construir (sobre proyecto) o en construcción, y b) la venta de pisos ya terminados. Respecto a la primera modalidad de compra-venta, se admite, reconociendo su aproximación al contrato de obra, la aplicación de las normas de responsabilidad propias del mismo, particularmente la del artículo 1.591. Porque ahí la obligación no se agota en un «dar» (entrega de la obra), sino que ese «dar» va conexo a un hacer (para dar) (196) que hace del contrato un contrato mixto. En cambio, respecto de la segunda modalidad de compra-venta, la de pisos terminados, se rechaza en general la asimilación al contrato de obra y con ello la posible aplicación de su sistema de responsabilidad. Se señalan razones: No ha existido un encargo de construcción por parte del comprador, ni el promotor vendedor ha asumido la obligación contractual de construir. «El promotor-vendedor no actúa como contratista, sino exclusivamente como comitente o dueño del inmueble, que una vez terminado, va a enajenar a determinadas personas». «El contrato que celebra el promotor-vendedor con el comprador se desinteresa del proceso productivo» (197).

El constructor o promotor vendedor de un piso ya terminado responderá en consecuencia, tan sólo como tal vendedor. Esa es, al menos, la consecuencia a donde nos lleva la postura anterior. Mas con ello no han cesado las dificultades, pues aún dentro del contrato de compra-venta, es posible construir de diversos modos esta responsabilidad del promotor.

En un loable intento expansivo de la misma. ANTONIO CABANILLAS ha intentado justificar la aplicación, al lado de las acciones edilicias, de las reglas generales de responsabilidad contractual del artículo 1.101 y 1.124 de nuestro Código civil (198). Pero los argumentos que previamente se han dado a propósito de contrato de obra, hacen esta vía no menos problemática que la aproximación al contrato de obra. Para justificarla no basta (como a veces se cree), con admitir que las reglas especiales del saneamiento por vicios no excluyen la aplicación de las reglas generales, si al mismo tiempo, no se ofrece una *razón positiva* que justifique acudir a esas reglas generales, para hacer responsable, según ellas, al vendedor, por su impericia en la fabricación. ¿Y cómo será eso posible si se afirma que el contrato que celebra el promotor-vendedor con el comprador se desinteresa del proceso de producción? Los mismos obstáculos formales que en la venta de un piso o local terminado hacen que muchos autores no admitan la

(195) Véase CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(196) Véase CADARSO, *La responsabilidad...*, p. 249; CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(197) Así resume CABANILLAS los argumentos. ADC, XXXV-3.

(198) CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

aplicación de las reglas de responsabilidad del contrato de obra, porque el piso se ha vendido ya terminado y no hay razón para tomar en cuenta su proceso de fabricación; se oponen, de nuevo, al intento de aplicar las reglas generales de los contratos, para sancionar al vendedor por los defectos de la cosa consecuencia de su mal hacer.

Estos criterios mantenidos por la doctrina a propósito de los pisos o locales son susceptibles de generalización al resto de los objetos que venda directamente un fabricante; con la particularidad de que, fuera de la construcción, en donde la venta anticipada facilita la financiación y suele ser frecuente, el fabricante acostumbra a ofrecer sus productos ya terminados. Decir que en estos casos, los más numerosos, el fabricante-vendedor no responde, porque, al ofrecer la cosa ya terminada, la venta realizada no puede tomar en cuenta el proceso de fabricación del objeto, supone excindir en el plano jurídico lo que en el plano económico se nos ofrece en conexión. Con la trascendental consecuencia de que, en el proceso de distribución de los bienes de consumo, la cualidad de fabricante que ostente el vendedor no tendrá relevancia a la hora de medir su responsabilidad.

Los efectos pueden ser tan graves que es preciso hacer un replanteamiento de la cuestión para intentar buscar vías de solución a la misma, superando los obstáculos formales que se invocan.

Justificación histórica de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

Nos interesa ahora conocer los criterios seguidos por la doctrina anterior al Código para justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor.

GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.408 del Proyecto de 1851 (en el que se inspira nuestro 1.486) tuvo ocasión de plantearse el problema en unos términos muy próximos a los que hoy nos ofrece nuestro Código. En ese comentario nos dice:

«La justicia dicta que se haga alguna diferencia entre el vendedor de buena y de mala fe...

Es opinión corriente (y yo lo admito), que la ignorancia del defecto no excusa al vendedor de buena fe de resarcir los daños y perjuicios cuando por razón de su arte u oficio debía conocerlo, *quia imperitia culpa adnumeratur*, según la 132 de *Regulis Iuris*: No saber lo que por su arte, oficio o profesión se debe saber, tiénese por culpa: El vendedor en tales casos *spondet peritiam artis*, y es responsable de la bondad de su obra para el uso a que naturalmente es destinada. Ejemplo:

Un tonelero de oficio me vende sus toneles, ignorando que eran defectuosos: yo encierro vino en ellos y se me derrama o pierde por causa de los defectos: el vendedor responderá como si los

hubiese conocido: Lo mismo será si por la mala calidad de la madera el vino encerrado en los toneles ha tomado mal sabor o gusto» (199)

Nuestro autor se ha inspirado en una dirección de la doctrina francesa anterior que, partiendo de MOLINEO, prosigue en DOMAT y culmina en POTHIER. Particularmente será este último quien más directamente influya en GARCÍA GOYENA. Esta fuente de inspiración hará que para nosotros tenga especial interés el estudio de esos autores.

A continuación vamos a intentar exponer brevemente la opinión de cada uno de ellos.

MOLINEO, al plantearse la cuestión, a propósito del comentario a una constitución de Justiniano recogida en el Codex (200), la resuelve así:

«En el caso de que el fabricante de vasijas o tinajas las venda o alquile para recibir y conservar esencias, vino u otro líquido y éste se derrame por vicio de las mismas, queda obligado, más allá de la remisión o restitución del precio o de la renta, en la cantidad en que se estime lo que ha perdido, aunque exceda en diez o treinta veces al precio o renta del vaso. Y ello, a pesar de que el vendedor o arrendador no se hallase en dolo, sino fuera simplemente ignorante; y aunque no hiciera afirmaciones expresas acerca de la integridad del vaso» (201).

Dos textos del Digesto le han servido de punto de partida, a pesar de que en ninguno de ellos se considera la responsabilidad del artífice. El uno se refiere a la venta de una vasija a la que el vendedor atribuye cierta medida o perfección (202). El otro al arrendamiento de este tipo de objetos, cuando son defectuosos, así como al de fondos en los que se críen malas hierbas (203).

La responsabilidad del artífice, inspirada en el fabricante de vasijas o tinajas, llega a construirse con carácter general (204), justificada en dos tipos de razones, que, aunque aparezcan mezcladas en MOLINEO, conviene separar, para su mejor comprensión.

En primer lugar, la idea de que en estos casos en que la venta la hace un profesional, la idoneidad e integridad del objeto para el uso a que se destina se afirma tácitamente por el vendedor (205).

(199) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III (1852), 399.

(200) (C. 7,47).

(201) MOLINEO, *Tractatus de eo quod interest*, Coloniae Agrippinae (1597), n. 49.

(202) D. 19,1,6,4.

(203) D. 19,2,19,1. Vid. P. 5,18,14.

(204) «Sic non est speciale in vasis, sed etiam in omnibus, in quibus eadem est ratio». MOLINEO, *op. cit.*, n. 51.

(205) Idea de pacto tácito, que sugiere MOLINEO en los siguientes términos: «Cum enim vasculariam profiteatur, sive vasa cudat, sive ab aliis facta vendat, et si hanc artem, vel negotiationem exercendo, si non semper expresse, saltem

Esta construcción de lo que el vendedor, *ipso facto et ex professo* afirma tácitamente, le va a permitir asimilar el problema que estudia a ese otro resuelto en el Digesto, referente al vendedor que, sin malicia, asegura cualidades que la cosa no tiene (206). Gracias a esa asimilación, podrá aplicar la misma solución, hacer responsable al vendedor.

Es obvio que la idea de un pacto tácito ha permitido construir desde el contrato de compraventa la responsabilidad del fabricante vendedor, por los daños causados por los defectos de la cosa. El pacto se conecta directamente al hecho de la profesión que tiene el vendedor (207) y a la confianza que públicamente suscita su ejercicio (208).

Sin embargo, la idea de que el vendedor, por ser el fabricante de la cosa, garantiza la idoneidad e integridad del objeto para el uso al que naturalmente se destina, es una idea incompleta que por sí sola no basta para imputarle responsabilidad. La base de la responsabilidad de quien expresamente ha atribuido a la cosa cualidades que no tiene, es la culpa que comporta el hecho de hacer esa afirmación temeraria. Así se destaca en el pasaje del Digesto en que se inspira MOLINEO (209) y se resalta con énfasis en el Derecho común (210). Pero una culpa así, por temeridad en la afirmación, no se da en nuestro caso. No hay afirmación expresa del vendedor, ni siquiera tácita, pues no existe una conducta que, de modo concreto y en relación con el negocio que se celebra, ponga de manifiesto su voluntad de afirmar o asegurar determinadas cualidades en la cosa; como si a las preguntas del comprador respondiera con un silencio expresivo. Hay ciertamente un comportamiento social, el ejercicio de una profesión capaz de engendrar confianza en el comprador y justificar la consideración de ciertas cualidades de la cosa en el contrato. Pero ese comportamiento no es bastante para construir la responsabilidad del vendedor en base a una supuesta temeridad de una promesa tácita desenvuelta a través del mismo.

Por eso, Molineo se ve forzado a desenvolver aquí una idea «sui generis» de culpa, revestida de especiales matices, a través de la cual puede explicar la responsabilidad del fabricante-vendedor (211). Está directamente unida a la cualidad de artifice, atendiendo a las exigencias de su profesión. Ella explica la exis-

semper tacite ipso facto, et ex professo affirmat vasa ad usum, ad quem prostant, venum, vel elocantur idonea et integra esse». MOLINEO, *op. cit.*, n. 49.

(206) D. 19,1,13,3.

(207) «Affirmatio ... tacita resultans ex professione sua». MOLINEO, *op. cit.*, n. 5.

(208) «De qua publice confidendum est».

(209) «Hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem». D. 19,1,13,3.

(210) «In dolo est, qui asserit id quod ignorat».

(211) «Causa(m) ex qua vascularius obligatur ad interesse totius efussi liquoris, est enim culpa», MOLINEO, *op. cit.*, n. 49.

tencia de una afirmación tácita y genera responsabilidad por la inexactitud de lo tácitamente afirmado por el vendedor. Pues aunque el artífice ignorara el defecto de la cosa, debía conocerlo (212): «Fuit enim in culpa errando in arte et professione sua, et alios decipiendo» (213)

Esta construcción, aunque utilice los textos del Corpus Iuris, se separa de ellos, aportando elementos nuevos. Por ello, a MOLINEO se le plantea el problema de su justificación. Es interesante advertir cómo en este intento busca apoyo en las exigencias de la propia organización social, impuestas por la justicia natural: «Rei publica exit ut teneantur, si vel ignoranter peccem in arte, vel professione sua, alios damnificando, quod etiam ipsa naturales justicia dictat» (214).

La opinión matizada de MOLINEO, contrasta con la concisión y esquematismo con que se expresa DOMAT (215). Para este autor, el conocimiento de los vicios de la cosa obliga al vendedor a responder de las consecuencias que los mismos hayan podido ocasionar. Lo mismo ocurre si el vendedor estaba obligado a conocer los defectos de la cosa vendida, aunque pretenda haberlos ignorado; así, el arquitecto que suministró los materiales para un edificio, si los suministró en mal estado, responde de los daños que sobrevengan (216). En el esquematismo de DOMAT hay una idea, cuyo alcance no nos precisa, pero que de nuevo repite: El deber de diligencia del profesional.

POTHIER, un siglo más tarde, vuelve sobre el mismo problema. La regla es que el vendedor de buena fe queda exonerado de la responsabilidad (del deber de indemnización) por los defectos de la cosa. Como excepción a esta regla, presenta el caso del artífice que vende los trabajos de su propio arte: «Aun cuando hubiese ignorado absolutamente el vicio de la cosa vendida», está obligado «a la reparación del consiguiente perjuicio que el vicio oculto ha causado al comprador en sus restantes bienes» (217).

Para justificar la responsabilidad sugiere una razón previa al contrato de compraventa, que se proyecta en él: «Nadie puede profesor públicamente un arte si no reúne todos los conoci-

(212) «Scire debet fore». MOLINEO, *op. cit.*, n. 49. Cita algunos pasajes del Digesto (D. 1,18,6; D. 9,2,8; D. 19,2,9,5).

(213) MOLINEO, *op. cit.*, n. 51.

(214) MOLINEO, *op. cit.*, n. 50.

(215) Parece ser que DOMAT ignora el *Tractatus de eo quod interest*, de MOLINEO, así, LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese* (1969), p. 63.

(216) DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, París (1767), lib. I, sect. XI, n. 7.

(217) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 214, en *Oeuvres*, ed. Siffrein, III (1821).

mientos necesarios para ejecutarlo como corresponde» (218). Esa regla proporciona de forma flexible al contrato una medida especial de responsabilidad («spondet peritiam artis»), cuyo efecto es hacer responsable al artífice, «para con todos aquellos que contratan con él, de la bondad de *sus trabajos* para el uso a que son *naturalmente destinados*». La ignorancia de los defectos no sirve para disculparle (219).

Puede bastarnos la referencia a estos autores para recoger una tradición histórica (220) que se hace presente en el momento de nuestra codificación a través de los comentarios de GARCÍA GOYENA,

Para concluir, destacaremos lo que nos parece más importante en su aportación: El carácter, que hoy podríamos denominar de orden público, con que se concibe la responsabilidad del artífice, del profesional, que viene a ser así una exigencia de la propia organización de la sociedad. Recordar esto será muy importante para evitar que los prejuicios formales o dogmáticos de la doctrina puedan servir para crear una exoneración de responsabilidad.

Construcción de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

Después de haber destacado, en la exposición de la antigua doctrina, lo que puede justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor, intentaremos, a continuación, hacer una exposición crítica de las posibles maneras de construirla, de modo que pueda operar dentro de la compraventa.

1. *La presunción de conocimiento.*

Aunque nuestro Código civil no aluda en su regulación de los vicios ocultos al supuesto de responsabilidad del fabricante-vendedor, ésta se ha intentado construir por algún sector de la doctrina, presumiendo que el fabricante que vende un objeto defectuosamente fabricado por él, conoce los vicios del mismo y debe

(218) Esta regla, como hemos señalado ya, tiene en la doctrina de la época un matiz de exigencia pública. Cfr. D'ANTOINE, *Les Regles du Droit Civil*, Bruselas (1742), pp. 325-327, en donde comenta la regla «imperitia culpa adnumeratur».

Conviene recordar que POTHIER conoce y utiliza en este punto el tratado de MOLINEO; se inspira en él. Lo demuestran las abundantes referencias al mismo.

(219) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 163.

(220) Entre los Pandectistas, por ejemplo, no se extraerán las mismas consecuencias de D. 19,1,6,4 y D. 19,2,19,1 que extrajera MOLINEO. WINDSCHEID, por ejemplo, se limita a admitir la posibilidad de que la «promesa» de ausencia de vicios sea «tácita». *Lehrbuch des Pandektenrechts*, bearbeitet von T. KIPP III (1906), § 393, nota 2, p. 685. Nos queda la duda de si justificaría en una promesa tácita la responsabilidad del fabricante.

indemnizar al comprador daños y perjuicios, a tenor del artículo 1.486-II. De este modo se intenta apoyar esta responsabilidad en las previsiones de responsabilidad que el Código tiene para los daños causados por los vicios de la cosa.

«Para poder aplicar el artículo 1.486-II C. c., dice Rojo, es menester que el vendedor tenga conocimiento de los vicios y no los haya manifestado al comprador. El legislador hace depender la acción de indemnización de daños y perjuicios de una irregularidad en la conducta del vendedor, próxima a la mala fe. Ciertamente, la exigencia de este requisito limita sensiblemente la protección del adquirente» (221). Por eso propone una «interpretación progresiva» del artículo 1.486-II C. c., que justifica así: «La profesionalidad del vendedor, en particular, del vendedor-fabricante, debe ser argumento suficiente para legitimar la presunción de conocimiento de los vicios o defectos. Presunción que —urge advertirlo— podrá ser desvirtuada por el vendedor fabricante. La buena fe permite la exoneración, del mismo modo —y en las mismas condiciones— que sucede en el caso de responsabilidad extracontractual» (222).

Una idea parecida había sostenido anteriormente entre nosotros MUCIUS SCAEVOLA en su comentario al artículo 1.486 del Código Civil pero limitándose a construir la presunción de dolo como simple presunción de hecho. Comienza este autor por recordarnos cómo para POTHIER se presume el dolo cuando el vendedor ha debido conocer el vicio de la cosa por razón de su profesión. Esta opinión suscita en él la siguiente crítica: «Como es sabido el dolo no se presume legalmente, hay que demostrarlo. Las reglas de Pothier son pues estimables como deducciones de sana lógica siempre y cuando no se trate de constituir las en criterio general. Sobre cuándo y cómo se podrá asentar la presunción de dolo es indispensable atenerse a las circunstancias particulares de cada caso, aplicando los preceptos contenidos en los artículos 1.249 y siguientes» (223).

Una construcción así de la responsabilidad del fabricante vendedor, basada en la presunción de conocimiento psíquico de los defectos de fabricación de la cosa, aunque en algún modo suponga un intento protector del comprador, plausible, no deja de ofrecer ciertas reservas:

1) Aunque parece inspirarse en Pothier, no recoge el verdadero sentido y todas las posibilidades que ofrece esta tradición histórica.

2) Si se construye como presunción *iusuris tantum*, ¿cómo apoyar en nuestro Código Civil esa presunción?

(221) Rojo, A., *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), p. 289.

(222) Rojo, A., *Op. cit.*, p. 290.

(223) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XXIII (1906), pp. 622-623.

3) Si se concibe como presunción *facti*, queda sometida a la apreciación de los tribunales, y las ventajas protectoras que pueda ofrecer al comprador son más ambiguas, menos ciertas.

4) Aún concebida como presunción *iuris tantum*, siempre sería posible enervarla, demostrando que el vendedor, pese a ser fabricante, no conocía los vicios de la cosa. Demostración en muchos casos no difícil de practicar, debido a la complejidad de los modernos procesos de fabricación y a lo costoso de una exhaustiva verificación del producto.

2. *El deber de conocer los defectos de la cosa*

También se ha justificado la responsabilidad del fabricante-vendedor, en base a un deber de conocer las anomalías de la cosa, que sean consecuencia de su defectuosa fabricación. ¿Qué significa, qué sentido tiene ese deber de conocer? A esta pregunta podemos contestar de dos modos diferentes.

El deber de conocer del fabricante vendedor puede concebirse como una consecuencia de su condición de perito, a la cual no puede sustraerse en el momento de celebrar el contrato de compra venta. En este caso, en verdad, no se toma en cuenta la condición de fabricante, el hecho de haber fabricado el objeto vendido, sino tan sólo que el vendedor es un perito que puede fácilmente descubrir los defectos de la cosa. Y, efectivamente, así puede ocurrir en muchos casos, en los que será posible tomar en cuenta este criterio de imputación de responsabilidad del que hemos hablado en páginas anteriores.

Con frecuencia, además, el hecho de que el vendedor sea perito no permitirá afirmar que pudo descubrir fácilmente los defectos de la cosa, y no tendremos más remedio que cuestionar su responsabilidad o fundarla, directamente en los defectos de fabricación.

En esta nueva dirección, el deber de conocer tendrá un sentido distinto, apartado del conocimiento psicológico. Considerada la cualidad de fabricante que ostenta el vendedor como fuente de responsabilidad, servirá para establecer un modo ficticio de imputación de la misma, capaz de funcionar dentro del contrato de compra venta (art. 1.486 II).

Quizá sea eso lo que la doctrina histórica ante todo pretendió resaltar: que el vendedor fabricante no puede exonerarse de responsabilidad por el hecho de ignorar los defectos de la cosa vendida. Ya que, como fabricante de la misma, por imponerlo así la propia organización social, debe responder ante el comprador de sus defectos.

3. Insuficiencia del criterio de la culpa.

El que en la doctrina histórica se construya la responsabilidad del fabricante-vendedor en base a la «culpa» (por equiparación de la impericia a la culpa) y no se acuda al mero hecho de la fabricación defectuosa, tiene una doble explicación:

En primer lugar, porque en el Derecho Común, por influencia del Derecho Romano la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa (fuera de las acciones edilicias), sólo se justifica en razón de una promesa formal (*stipulatio*) caída progresivamente en desuso, o en el dolo del vendedor progresivamente ensanchado. Todavía hoy las reglas de nuestro Código civil en materia de saneamiento (no así la interpretación que exige el sistema) reflejan las huellas de esta concepción, en la que se desconsidera el papel que en el nacimiento de la responsabilidad pueda tener la promesa del vendedor (aún sin forma), las meras afirmaciones que susciten confianza en el comprador o, simplemente, el haber fabricado el objeto.

La otra explicación que puede darse, en segundo lugar, es que en el tipo de sociedad en que esta regla de responsabilidad se utiliza (la sociedad artesanal), los defectos de fabricación se deben a la impericia del artífice. Por ello, la regla «*imperitia culpae adnumeratur*» basta para imputar responsabilidad de un modo generalizado al fabricante vendedor, y, quizá por ello, la doctrina no se esforzara por buscar otras vías de imputación.

Pero hoy no ocurre del mismo modo. No ya por la mayor complejidad de los modernos procesos de fabricación, porque esa complejidad, por sí misma, no alteraría la regla si sólo supusiese colocar en cotas más altas las exigencias de cualificación técnica del artífice. Más bien es por el hecho de que en el sistema actual de producción en cadena es prácticamente imposible eliminar el riesgo que de un determinado producto de esa cadena, escapando incluso a un control razonable, sea defectuoso o no responda a la calidad media de los demás. Y porque en muchos casos ni siquiera se puede atribuir el daño causado por el producto a fallos del proceso de fabricación. Esto significa que la pericia en la fabricación no garantiza en el sistema actual la perfección del objeto y, por tanto, que la impericia no permite ya imputar siempre al fabricante los defectos del producto. Si se desea que el fabricante-vendedor responda, habrá que acudir a otros criterios de imputación de responsabilidad.

Añádase a lo anterior otra característica de la etapa actual, que también contribuye a desdibujar la construcción de la responsabilidad del fabricante, fundada en la culpa. Es la excisión, dentro de la moderna gran empresa de producción, entre la condición de técnico y la de empresario; a diferencia de lo que ocurrió y ocurre, en la medida en que subsiste, en la empresa artesanal. Tal exci-

sión es debida a la estructura misma del sistema capitalista, pero la honda transformación experimentada en el campo tecnológico ha podido servir para acentuarla. La complejidad de los conocimientos técnicos que necesita la empresa actual de producción ha impuesto una especialización en el seno de la misma, acentuando la disociación entre técnicos y empresario. ¿Cómo seguir explicando en estas circunstancias la responsabilidad del empresario por actos de sus auxiliares, en base a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, cuando el empresario ya no está capacitado para elegir o vigilar? La responsabilidad del empresario, o queda sin apoyo jurídico que pueda justificarla, considerando que el Código civil se limita a recoger un precipitado histórico propio de la sociedad artesanal, o hay que construirla de otro modo.

Se acentúa todavía más la insuficiencia del criterio de la culpa si se advierte que la tecnología a ciertos niveles, por su propia complejidad y por la exigencia impuesta por su constante evolución, ha quedado fuera de la propia empresa de producción. Se ofrece a la empresa, desde fuera, sin que ella pueda en muchos casos prever la incidencia de la misma sobre el producto salido de su control. La tecnología es así ofrecida y controlada por empresas especializadas en ella.

Hoy, insistimos, resulta insuficiente el criterio de la impericia, es decir, el criterio de la culpa en el proceso de fabricación, para justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor, y se hace necesario buscar otras razones. Hay que destacar la fuerza obligatoria del propio contrato, superando las dificultades dogmáticas que puedan provenir de que no existe una obligación de hacer (así en la venta de un objeto ya fabricado) o del carácter específico de la obligación. Esto es, precisamente, lo que intentamos hacer en el apartado siguiente, revisando la propia calificación del contrato, como compraventa, para resaltar su aproximación funcional al contrato de obra.

*El problema de la calificación del contrato:
consideraciones generales.*

Las dificultades para construir la responsabilidad del fabricante dentro de la compraventa, en parte pueden evitarse destacando en ese contrato los elementos que le aproximan al contrato de obra.

Siempre que, en base al juego de la autonomía de la voluntad, los particulares celebran algún contrato, surge el problema jurídico de su calificación en relación con los tipos contractuales recogidos en la Ley.

La función calificadora es necesaria por dos razones:

Primero, porque los límites imperativos a la autonomía de la

voluntad pueden establecerse tanto en las reglas generales de las obligaciones y contratos como, con carácter especial, dentro de las reglas especiales de un determinado tipo contractual. La calificación del negocio concreto celebrado por las partes es, en este caso, una exigencia ineludible de la aplicación del derecho imperativo y presupuesto de delimitación concreta del ámbito de la autonomía de la voluntad. Segundo, porque las normas dispositivas legales que han de integrar las insuficiencias de cada contrato, están agrupadas y sistematizadas por figuras contractuales típicas. No es posible practicar su oportuna aplicación sin calificar el pacto celebrado.

La función calificadora se nos ofrece así como una exigencia de la aplicación del Derecho.

Esa función de relacionar lo querido por las partes con un sistema de figuras contractuales tipificadas por el Derecho obliga a realizar un doble proceso de interpretación. Por ello, puede afirmarse que la calificación de un contrato es fundamentalmente una tarea interpretativa. Hay que interpretar el contrato, la voluntad de los contratantes, a fin de establecer la finalidad perseguida por las partes a través del mismo. Hay que interpretar también las normas jurídicas que configuran los distintos tipos normativos para buscar, en base a la función que cada uno prevé, el que se acomoda a la finalidad perseguida por el negocio. Y si ello no fuera posible, construir mediante la conexión de reglas, una norma adecuada a la finalidad del negocio concreto (224).

En la calificación de un contrato, no siempre es posible llegar a establecer su total identificación estructural con un determinado tipo legal. Ello es debido, fundamentalmente, al libre juego de la autonomía de la voluntad y a la concreción de los intereses que en cada caso se han puesto en juego. Pero, además, a la osificación experimentada por el tipo legal; recogiendo siempre un precipitado histórico, no evoluciona al ritmo de las necesidades de cada momento (225). Por ello, puede afirmarse que lo normal en la práctica de la contratación será encontrarnos con negocios que aunque no puedan considerarse completamente atípicos tampoco sean plenamente encajables en un concreto tipo legal. De ahí, que no falte razón a Dualde al decir: «Todos los contratos son mixtos, tanto los atípicos como los típicos». Afirmación que aunque pueda parecer exagerada advierte de un peligro: Hay negocios a los que por su aparente tipicidad se les aplica una calificación

(224) Cfr. CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), pp. 54-55.

(225) Se crea así lo que se ha denominado una tipificación social de los contratos, resultado de los usos sociales, que ha permitido a la doctrina contraponer una «tipicidad legislativa» y una «tipicidad social». Sobre este extremo, introducido entre nosotros por JORDANO BAREA, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, n. 268; CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), p. 207; GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona (1979), p. 22.

sin tomar en cuenta determinadas peculiaridades, que aunque no transformen esencialmente su naturaleza deben ser consideradas al establecer su complejo régimen jurídico; que merecen, por tanto, ser, en parte, separados del tipo en el que mecánicamente, atendiendo sólo a sus elementos externos, se les pudiera clasificar.

El peligro ha sido advertido por CASTRO al estudiar la construcción dogmática del negocio sobre cosa futura. Allí dice: «Al considerarse la venta de cosa futura como un tipo específico de compraventa, sometido por ello a un régimen jurídico común e igual, se desconoce con esto la naturaleza compleja o mixta de contratos cuyo objeto se ha calificado de cosa futura. Naturaleza que tendrá propia y variada repercusión en las relaciones entre las partes tanto como respecto de terceros» (226).

No son estas breves notas de encuadre el lugar para detenerse en una consideración general de los contratos atípicos, pero sí de llamar la atención, como venimos haciendo, de la complejidad que acompaña siempre a la calificación jurídica de un contrato. La doctrina intenta simplificar esta tarea calificando a aquellos contratos más frecuentes en la vida social, que no regula unitariamente la Ley, y señalando determinados criterios generales para calificar. Pero todo ello aunque puede ser considerado un útil instrumento que sin duda merece ser tenido en cuenta, no debe hacernos olvidar que el proceso de calificación del contrato es esencialmente una tarea interpretativa, en la doble dimensión señalada de interpretación de la voluntad y del derecho aplicable, y que, como tal, tiene que efectuarse en cada caso concreto, tomando en consideración todas las circunstancias.

Aproximación de la compraventa realizada por el fabricante al contrato de obra.

Las dificultades para construir la responsabilidad del fabricante, dentro de la compraventa en parte pueden evitarse, destacando en ese contrato los elementos que le aproximan al contrato de obra

El Código Civil no ha tenido en cuenta las particularidades y problemas concretos que plantea la venta de un objeto nuevo, fabricado por el propio vendedor. Las reglas sobre las acciones de saneamiento (redhibitoria y estimatoria) o sobre indemnización por los defectos de la cosa vendida, pueden ciertamente trasladarse a este tipo de venta, y en este sentido hemos señalado ya los intentos realizados por la doctrina. Pero no bastan, porque no tienen en cuenta la especialidad del supuesto de hecho. Por ello, podemos señalar la insuficiencia del modelo legal de com-

(226) CASTRO, *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, ADC (1976), p. 1151.

praventa y la necesidad de operar bajo una aproximación al contrato de obra.

Una nítida separación entre la venta y el contrato de obra es fácil de imaginar en un modelo de sociedad artesanal, en el que los objetos se fabrican normalmente por encargo del adquirente. La compraventa contemplará las adquisiciones de objetos ya usados, fondos, productos naturales, etc. El contrato de obra, las de productos fabricados por encargo del adquirente. Con ello, los problemas derivados de los defectos de fabricación y la correspondiente responsabilidad del fabricante serán considerados en el contrato de obra.

Esta separación entre la responsabilidad del vendedor y la del constructor, por los defectos de la cosa, se hace más difícil de concebir cuando, como ocurre en el momento actual, el fabricante fabrica, en serie y fuera de todo encargo, los productos que luego enajena. El objeto se enajena ya fabricado sin tomar en cuenta el proceso de fabricación. Este hecho justifica la desconsideración de ciertas reglas del contrato de obra, que no resultan oportunas: todas aquellas que se refieren a la relación entre el comitente y el empresario durante el proceso de fabricación del objeto. Pero no impone la exclusión total de las reglas del contrato de obra.

El hecho de que se califique como venta la enajenación del fabricante de su propio producto, no la asimila a la venta típica y no impide que se utilicen para su regulación algunas normas contenidas en el contrato de obra, para, armonizándolas con otras propias del contrato de compraventa, construir la regla negocial adecuada al caso.

Cuando el fabricante vende un determinado producto ya fabricado, no puede surgir una obligación de hacer, relativa a la construcción de la cosa, como es propio del contrato de obra, porque la cosa ya está fabricada; pero ello no permite olvidar que esa cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmitiva 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:

1.º Podrá imponerse al vendedor la obligación de reparar los defectos de la cosa que fabricó. Esta obligación es extraña al contenido normal de la compraventa, aunque en algunos casos pudiera justificarse por vía de indemnización; pero aquí resulta oportuna por la asimilación al contrato de obra. Además puede

ser útil, si sólo el fabricante cuenta con los medios tecnológicos para reparar la cosa.

2.º Permite aplicar de modo traslaticio la responsabilidad que las reglas generales del derecho de obligaciones prevén en los casos de incumplimiento.

3.º Hace jugar, al valorar la responsabilidad, el incumplimiento de las reglas del arte, establecidas por la ley o por los usos; naturalmente, poniéndolas en relación con la oferta.

4.º Permite aplicar a las ventas de edificaciones la regla especial de responsabilidad del constructor, prevista en el artículo 1.591 del Código civil, criterio que cuenta con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si bien hemos de estar en guardia frente a una utilización desorbitante de ese artículo.

5.º No impide, por fin, aplicar además las acciones edilicias.

Insistiremos aún en que la aplicación de las reglas de responsabilidad propias del contrato de obra tiene un límite, el tenor del propio contrato. Como se trata de un contrato de compraventa que cubre la función de un contrato de obra y no de un contrato de obra propiamente dicho, cabe que esa función de transmitir objetos como nuevos y, por tanto, con un grado de perfección determinado, sea desvirtuado por el propio contrato. Cabe que el fabricante venda su producto como defectuoso y en ese caso no podría hablarse de responsabilidad por vicios.

Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

En relación con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia se nos va a plantear una doble cuestión: ¿En qué medida la condición de fabricante del vendedor afecta a su responsabilidad por defectos de la cosa provenientes de su fabricación? ¿Cómo se justifica esa responsabilidad? A estas preguntas vamos a contestar estudiando separadamente un amplio grupo de sentencias referidas a edificaciones. Las particularidades que reviste el problema en esos casos lo aconseja.

Nuestro Tribunal Supremo en las ventas de objetos que no sean edificios no ha solido acudir a la condición de fabricante del vendedor para imputarle responsabilidad, y de ahí que en muchos casos ni siquiera nos la ponga de manifiesto (227). Sólo contadas

(227) No sabemos con seguridad (no se utiliza) si es fabricante o no el vendedor de una pala excavadora nueva, que según hechos probados, «a los pocos días de su entrega ... experimentó una serie ininterrumpida de averías, fallos y roturas afectando a las diversas piezas de la máquina». Caso en el que

veces la toma en cuenta de algún modo; pero, por lo que se entreve en la lectura de los hechos de otras sentencias, hay bastantes más en las que la cosa ha sido fabricada (defectuosamente) por el vendedor. ¿Por qué no se considera esa circunstancia? Quizá porque se ha logrado satisfacer, a través de otras vías, la pretensión del comprador. Así ocurre, por ejemplo, si el comprador se ha contentado con utilizar la acción redhibitoria o la estimatoria, por vicios ocultos (228); y, curiosamente, en algún caso basta la mera invocación de la existencia de vicios y el que no haya transcurrido el plazo del artículo 1.490, para que prospere la reclamación de daños y perjuicios del comprador (229). Otras veces los

prospera la resolución del contrato (fundada en el artículo 1.124 C. c.), porque el plazo transcurrido (tres años) no permite el ejercicio de la acción redhibitoria; y en el que, en cambio, no se admite la indemnización de daños y perjuicios pedida por el comprador, pues «no fueron acreditados ni en cuanto a su realidad ni en cuanto a su alcance». Sabemos que el vendedor se hace cargo de la asistencia de la máquina en garantía e, incluso, que llega a ampliarla, pero esto no nos basta para pensar que fuera el fabricante de la pala vendida. Y, evidentemente, tampoco presupone necesariamente esa cualidad en él, el que la sala de instancia considerara que amplió el plazo de garantía en razón a que resulta verosímil que las roturas se debieran a defectos de material y fabricación defectuosa (S. 30 junio 1972).

(228) Por ejemplo en la S. de 24 noviembre 1926, en la cuestión suscitada por el comprador por el mal funcionamiento de las bombas para extracción de agua fabricadas de encargo por el vendedor; la reclamación del comprador en reconvencción no prosperó, y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso por él interpuesto. Nótese en este caso cómo, planteada la cuestión como saneamiento por vicios, no podía prosperar, pues aunque se hubiese demostrado el defecto, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

En la S. de 31 enero 1970 el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y admite el saneamiento por vicios del autobús vendido. Ha de tenerse en cuenta en este caso que se trataba de un vehículo fuera de serie, usado por la vendedora en exposiciones y vendido a menor precio.

La reclamación contra la casa fabricante y vendedora de unos hilos no prosperó en el caso de la S. de 23 junio 1966, porque «las deficiencias de los tejidos son imputables a un defecto de técnica en la labor de la tejeduría y no a la calidad de los hilados servidos por la casa vendedora»; y porque la acción está prescrita.

(229) En la S. de 14 octubre 1970 está claro que el vendedor ha fabricado, por encargo del comprador, entre otras cosas, los conjuntos de ruedas para el lanzamiento de vigas de hormigón (de determinadas características); y que éstos, por haber sido contruidos defectuosamente, sin las características y resistencia previstas y sin emplear el material convenido, no han servido para el fin a que se destinaban. Pero no se utiliza como argumento que el vendedor haya fabricado el objeto: Ni por el comprador (demandante) cuando pide la devolución del precio pagado y la «indemnización de todos los daños y perjuicios que ha producido en su patrimonio al defectuoso estado de las ruedas». Ni (en lo que infiere de la lectura de la sentencia) por los juzgadores de instancia, al estimar ambos la demanda. Ni por el Tribunal Supremo al rechazar el recurso de casación interpuesto por el vendedor. Todo el razonamiento se centra en la oportunidad del planteamiento de la cuestión por vicios de la cosa, y prospera la acción del comprador, porque se considera que se ha planteado en un momento oportuno, ya que no han transcurrido los seis meses a partir de la entrega (art 1.490 C. c.) y no es aplicable el plazo de denuncia que fija el artículo 342 C. Co., por no haberse calificado la venta de mercantil.

fallos justifican la pretensión indemnizatoria o resolutoria del comprador en *el incumplimiento* del vendedor, noción ésta que aquí maneja, como es sabido, con enorme flexibilidad y amplitud nuestro Tribunal Supremo. El incumplimiento se basa en que el objeto no se adecúa a las previsiones cualitativas del contrato, o, por la gravedad del defecto, es impropio para el fin pactado (230).

Pero conviene hacer algunas observaciones sobre este caso, aunque ellas correspondan más a los fallos de primera y segunda instancia que a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación, debido al modo en que éste se funda por el recurrente. Aunque se esté razonando sobre los vicios de la cosa, lo pedido por el comprador y reconocido en las sentencias de instancia, en parte excede a lo que puede obtenerse a través de las acciones edilicias. Tal es el caso de la indemnización de daños y perjuicios. Para poder concederla no basta, simplemente, invocar los vicios de la cosa (cfr. arts. 1.486, 1.487, 1.488 C. c.); hace falta algo más; algo que podría ser el carácter de fabricante del vendedor. En la concesión de tal indemnización por el Juzgado y la Audiencia, curiosamente no discutida especialmente por el vendedor, ¿no habrá influido ese carácter...?

(230) La resolución de la venta de una columna destiladora de alcohol se debe a que «no ha respondido a la producción de alcohol en la cantidad y grado señalado en el contrato» (S. 7 noviembre 1972).

En la S. de 1 de julio 1947 el Tribunal Supremo, dando lugar al recurso de casación, admite la resolución de la venta de un torno rápido, marca de la casa vendedora, modelo de precisión, por «no ser la cosa entregada conforme a lo pactado», y no tiene en cuenta el plazo del artículo 1.490. Claro es que en este caso se trataba de una venta genérica y el Tribunal Supremo reconoce que la acción resolutoria es «más apropiada a la índole del caso».

En la S. de 25 abril 1973 se plantea la cuestión litigiosa en relación con una máquina para cortar cartones (cortadora-resmadora sincronizada), fabricada de encargo por el vendedor, que por sus defectos técnicos resulta inhábil para el fin pactado.

La sociedad compradora, deseando modernizar la maquinaria instalada en su fábrica de papel, había expuesto sus necesidades a la casa vendedora, quien tras un estudio de las mismas, recomendó un determinado tipo de máquina por ella fabricada, como el más adecuado. Sobre la base de esta propuesta, se concertó la fabricación y suministro de la máquina recomendada que, una vez entregada, resultó con defectos graves que no la hacían idónea para las necesidades de la compradora.

En esta situación la compradora formula ante los tribunales demanda de resolución del contrato, basada en el artículo 1.124 C. c., en la que también pide indemnización de diversos daños que considera ha padecido por esta causa. Su demanda prospera en ambas instancias, y el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación que interpone el vendedor, porque en su opinión no es oportuna la acción resolutoria del artículo 1.124 C. c., ni procede el ejercicio de la acción redhibitoria, ya que ha pasado el plazo del artículo 1.490) El Tribunal Supremo argumenta su fallo desestimatorio en la compatibilidad entre las acciones edilicias (sometidas a prescripción especial, art. 1.490) y las otras acciones emanadas de la compra-venta (sin prescripción especial), cuando la aplicación de éstas resulte oportuna. Considera oportuna en este caso la acción resolutoria del artículo 1.124, fundada en el incumplimiento del vendedor, pues la «gravedad» de los defectos de la cosa la hacen impropia para el «fin pactado».

Como puede verse, el que el vendedor haya fabricado la máquina no se toma directamente en cuenta en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, sino la gravedad de los defectos de la cosa, que la hacen impropia para el fin pactado.

También se ha utilizado la vía de la nulidad, por dolo del vendedor (231).

Resulta de cierto interés la sentencia de 2 de mayo 1961, por las puntualizaciones que en ella hace el Tribunal Supremo. La Audiencia había condenado al laboratorio fabricante de una vacuna para ovejas, cuya «preparación defectuosa» determinó importantes daños en la ganadería del actor, a indemnizarle. Esa condena es por la vía extracontractual, pero el Tribunal Supremo, al comienzo del primer considerando de su sentencia, hace esta observación: «El presente recurso se presenta y desenvuelve contra sentencia dictada en responsabilidad extracontractual, aunque claramente se advierte que la tal responsabilidad dimana del deficiente cumplimiento de un contrato por parte de ...» (laboratorio). Esta apreciación nos permite hacer una observación: Si la «preparación deficiente» de la vacuna por el laboratorio ha funcionado como criterio de imputación de responsabilidad en la reclamación de daños por la vía extracontractual, parece que también deberá pesar en la vía contractual, aunque la venta sea específica.

Anteriormente, en un caso parecido, no había prosperado la reclamación de responsabilidad del propietario de unas reses de ganado vacuno contra el laboratorio fabricante de la vacuna aplicada y la entidad vendedora en la que se invocaba incumplimiento de obligación, porque, según afirma el Tribunal Supremo (cuando en segunda sentencia, rechazada la excepción de falta de jurisdicción, entra a conocer el asunto) «por falta de elementos de juicio suficientes, sería muy aventurado afirmar que la enfermedad y muerte del ganado hayan sido producidas por defectuosa prepara-

(231) Como ocurre en la S. de 16 noviembre 1967, en la que el Tribunal Supremo no revisa la apreciación de la Audiencia, de haber actuado con dolo el vendedor («el hecho probado de haberse celebrado un negocio jurídico mediante engaño de su nulidad»), que provoca la anulación del contrato de compraventa. El dolo se basa en estos hechos declarados en el fallo de la instancia: El camión construido, por encargo del comprador, para circular, aunque fuera matriculado y circulara algún tiempo, «por no haber sido dirigido por técnico facultativo, no reúne los requisitos del Código de la Circulación, para circular libremente y con toda normalidad para toda clase de mercancías por las carreteras nacionales». Esos «defectos técnicos de construcción», impidieron que el vehículo consiguiera definitivamente el permiso de circulación.

La calificación de dolo, vicio del consentimiento, puede ser admitida siempre que al contratar se oculte al otro contratante, para captar su voluntad, que no se dispone o que no se van a utilizar los medios adecuados para cumplir el compromiso. Máxime, si ocurre como cuenta el comprador en su escrito de demanda, que el contratante captado es apartado de otra operación semejante ya acordada.

El dolo permite, como en este caso, obtener no sólo la nulidad, sino indemnización de daños y perjuicios (aquí: «todos los gastos ocasionados con motivo de poner el expresado camión a nombre del actor»). Pero el que sea apreciable el dolo no excluye que en un caso como el que nos presenta esta sentencia, el vendedor que ha fabricado defectuosamente el objeto no haya incumplido su obligación.

ción de la vacuna inoculada y no por faltas técnicas del tratamiento» (S. 16 junio 1945).

Pero es, sin duda, en la sentencia de 10 junio 1976 donde nuestro Tribunal Supremo, de un modo claro y directo, va a extraer consecuencias de la condición de fabricante del vendedor, aunque lo haga en la segunda sentencia.

Veamos el caso: El comprador de unos autobuses nuevos (para su empresa de transporte de viajeros), que por su «deficiente fabricación en su conjunto» exigieron constantes reparaciones, con el consiguiente gasto y desatención del servicio, reclama, pasados cuatro años desde la compra, en reconvencción a la demanda de pago del vendedor, la resolución del contrato, con devolución de la parte de precio pagada, la indemnización de daños, por el importe de las reparaciones extraordinarias efectuadas en los vehículos, y de perjuicios, por la cuantía en que cifra la ganancia normal de la empresa que se ha frustrado, además de los intereses legales de la parte de precio satisfecha y del importe de las reparaciones. En primera instancia se estima plenamente la demanda. La Audiencia, en cambio, se limita a conceder el abono del importe de las reparaciones, dando lugar a la reclamación de pago del precio que hacía el vendedor. El Tribunal Supremo casa la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba y confirma la sentencia de primera instancia, excepto en cuanto se refiere a la indemnización del lucro cesante, que no estima justificado.

El Tribunal Supremo parte, en su segunda sentencia, de que «aparece evidente el incumplimiento de las obligaciones del vendedor por defectuosa fabricación de los vehículos objeto de la compraventa litigiosa». Luego, en los razonamientos que siguen, se percibe una doble intención: descalificar la pretensión del vendedor demandante, que reclama el precio, y justificar la del comprador reconveniente, particularmente la resolutoria. Esto explica su referencia a la exigencia de lealtad en las obligaciones recíprocas, o al fin perseguido («obtener un rendimiento normal en el funcionamiento de los tres vehículos adquiridos») que en este caso quedó frustrado (con las constantes averías) por la deficiente fabricación. Y más adelante añade algo que merece ser examinado con atención: «No puede pretenderse dar por válidos objetos inidóneos faltando a la invocada lealtad en el contrato, puesto que la buena fe en el comprador descansa en la confianza de que el vendedor debe hacer honor al prestigio de su industria y a la eficiencia de sus servicios».

El modo habitual de actuar un determinado fabricante («prestigio de su industria» y «eficiencia de sus servicios») se convierte para él en regla («debe hacer honor»), en la medida en que ha sido capaz de generar confianza en un comprador. Regla que si no puede constituir una exigencia para un hacer futuro (obligación de hacer), porque (como en este caso) se vende la cosa ya fabricada,

sirve para imputar al vendedor (y no meramente al azar como en las acciones edilicias) la insatisfacción del interés del comprador. Con independencia de que conociera o no el defecto; sin tomar en cuenta las razones del fallo del producto sino sólo el hecho de que no responde al nivel medio de los fabricados por el vendedor. Ese nivel medio funciona como modo implícito de ofrecer un nivel de calidad en el producto, que el fabricante vendedor tiene que asegurar.

En este caso, al parecer, se trataba de un fabricante prestigioso, pero ¿qué hubiera ocurrido si la tónica media de fabricación arrojara un balance altamente insatisfactorio? Podría extraerse de esta sentencia la idea de que en ese caso el nivel medio funciona como nivel medio de exoneración de responsabilidad?

En modo alguno; la confianza del comprador pueden justificarla otras razones, y justificada esa confianza, la circunstancia de haber fabricado el objeto el vendedor le impone responder. La confianza del comprador podrá basarse en la propia oferta, en la cuantía del precio que ha pagado o en el necesario cumplimiento por parte del vendedor de las reglas de fabricación que imponga la ley (ej., normas tecnológicas) o los usos (reglas del arte) valoradas en función de las presuposiciones cualitativas de la cosa en el contrato.

Consideración especial de la responsabilidad del constructor o promotor-vendedor. Cuestiones generales que se plantean.

Hoy, la inmensa mayoría de las viviendas y locales que se construyen no se hacen por encargo del futuro destinatario, propietario del suelo, sino a iniciativa del mismo constructor o de un «promotor» de la construcción, que actúa con la finalidad de venderlas (ya en proyecto, ya en ejecución de obra, ya concluida ésta). Tal estado de cosas plantea el problema de cómo ha de tratarse la responsabilidad del «empresario de la construcción-vendedor», cuando la obra tiene defectos. El que nuestro Código civil esté pensando en una situación diferente y no prevea expresamente soluciones para este problema, ha impuesto a la doctrina y a los tribunales la tarea de intentar construir las bases de esa responsabilidad, enfrentándose con diversas dificultades peculiares de este caso concreto.

Para mejor orientarnos en el estudio de la jurisprudencia vamos a separar dos cuestiones diferentes que ante esta responsabilidad se nos plantean:

a) Determinar con qué remedios podrá contar en estos casos el comprador, y justificar su oportunidad.

b) Señalar, en los casos tipificados socialmente, las personas que deban responder.

¿Es preciso que se haya construido el edificio con los propios operarios o, al menos, la parte más importante del mismo? Entenderlo así cerraría el paso a otros modos frecuentes de producirse la iniciativa de la construcción con vistas a su posterior venta; excluiría la responsabilidad del promotor.

A la vista de estas cuestiones, vamos a analizar a continuación la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Los remedios admitidos en la jurisprudencia.

Movido por un deseo de protección, nuestro Tribunal Supremo ha intentado, también para los edificios, ampliar, a veces hasta límites sorprendentes, la función de las acciones edilicias (232); pero lo más frecuente es que trate de proteger al comprador de pisos o locales a través de otras vías, que juzga compatibles con esas acciones (233), sin plazos tan limitados y con remedios más ventajosos para el comprador (reparación *in natura* de los efectos de la cosa, indemnización de otros daños y perjuicios).

En este intento no se ha utilizado el artículo 1.486 II (y concordantes), a pesar de ser el más directamente relacionado con la

(232) La ampliación de la función protectora de las acciones edilicias puede hacerse de dos modos diferentes:

a) Ampliando sus plazos, indudablemente muy limitados en las edificaciones. Recordemos que la Codificación modificó el sistema histórico, que iniciaba el cómputo a partir del descubrimiento de los vicios, cfr. MORALES MORENO, ADC (1980), p. 608, 623. Esa posibilidad la excluye, sin duda, la actual redacción del artículo 1.490 C. c. Pero las oscilaciones jurisprudenciales en la calificación de este plazo como prescripción o caducidad, demuestran hasta qué punto los Tribunales sienten a veces necesidad de prolongarlo.

b) Ampliando las funciones que para la acción redhibitoria y estimatoria prevé el artículo 1.486, I C. c., al permitir que la simple invocación de la existencia de vicios ocultos produzca efectos indemnizatorios distintos de los que cubren esas acciones.

Así ocurre en la sentencia de 8 noviembre 1958. Los compradores (comunidad de propietarios) de un edificio edificado defectuosamente obtienen indemnización, por el valor de las reparaciones del inmueble, invocando tan sólo la presencia de los vicios ocultos y la subsistencia de la acción de saneamiento, por las constantes reclamaciones.

También resulta chocante el exagerado alcance indemnizatorio que la sentencia de 13 mayo 1929 extrae del saneamiento; sólo que en este caso, en perjuicio del comprador: para al casar la sentencia, no conceder, cosa chocante, una parte de la indemnización pedida que se considera medida de saneamiento, por haber pasado ya el tiempo para pedirla.

(233) La compatibilidad de las acciones edilicias con las acciones generales se afirma también en las edificaciones, por ej., SS. 28 noviembre 1970, 28 enero 1980.

responsabilidad por vicios. Quizá ello sea debido a que, salvo algunos casos en que es clara su aplicación, no está suficientemente esclarecido el sentido del mismo. O tal vez, porque haya parecido insuficiente lo que ofrece (sólo indemnización de daños y perjuicios); aunque cabría una interpretación extensiva. Sea cual fuere la causa, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no ha seguido esa vía y ha aplicado directamente las reglas generales del derecho de obligaciones, que prevén indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101) o resolución del contrato (art. 1.124), encontrando razones en el incumplimiento para justificar su oportunidad (234).

Al hablar de incumplimiento no se preocupa nuestro Tribunal Supremo de la exactitud en la calificación dogmática del supuesto de hecho, sino más bien de la justicia del efecto. Lo que ante todo busca es ofrecer al comprador los mismos remedios que justificaría el incumplimiento. Como se afirma en una sentencia, «aquí se actúa, seguramente, con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso obtener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustados a la *lex artis*, ni a las exigencias legales de higiene y seguridad... por desgracia frecuentes en esta época de masivas edificaciones» (235).

Cuando utiliza el concepto de incumplimiento, nuestra jurisprudencia no construye de modo diverso la responsabilidad del vendedor según la fase en que se haya producido la venta. Es indiferente que el piso estuviera en proyecto, en vías de ejecución, o ya fabricado. Esto es digno de aplauso, en cuanto capta la unidad de función y sentido de todas estas operaciones, como algo que debe prevalecer por encima de formalismos dogmáticos, que tantas veces conducen a resultados injustos. ¿Por qué va a tener mejor protección el que compra un piso antes de concluir la obra, que su vecino, que lo ha adquirido poco después de terminada?

Manejando el concepto de incumplimiento, nuestro Tribunal Supremo ha podido utilizar en caso de obra defectuosa los siguientes remedios en favor del comprador:

a) Ha impuesto al vendedor la obligación de reparar *in natura* los defectos de la cosa (236) o indemnizar al comprador los gastos hechos en esas reparaciones (237), o ambas cosas con preferencia

(234) Cfr. SS. 28 enero 1980, 30 enero 1975, 3 febrero 1975, 3 marzo 1973, 22 octubre 1973, 18 octubre 1972, 17 mayo 1971, 28 noviembre 1970.

(235) S. 28 enero 1980.

(236) Es raro que sea sólo la reparación *in natura*, sin prever una indemnización pecuniaria substitutiva para el caso de que el vendedor se niegue a realizarla. De todos modos pueden verse las SS. de 22 octubre 1973 y 3 marzo 1973, aunque no se considera que haya existido incumplimiento voluntario por parte del vendedor.

(237) Así, por ej., SS. 11 octubre 1974, 17 octubre 1974.

de una sobre la otra (238). Curiosamente, la procedencia de esa reparación se pronuncia a veces en interés del vendedor, para satisfacer su propósito de cumplir, frente a posibles apetencias resolutorias del comprador, cuando la índole del defecto lo aconseja (239).

b) No se excluye la posible indemnización de otros daños (240).

c) El comprador puede utilizar la *exceptio non adimpleti contractu*, pero el Tribunal Supremo dosifica su oportunidad según la importancia de los defectos y el comportamiento del vendedor (241).

d) La resolución del contrato resulta oportuna «siempre que los vicios de la obra... revistan tal grado de imperfección (que la haga) impropia para satisfacer los intereses del dueño» (242). Pero no en todos los casos en que existan defectos de construcción (243). En general, es menos solicitada que la reparación *in natura* o *indemnización*, cuando hay defectos. Los casos en que se concede suelen referirse a ausencia de cualidades pactadas que, en sentido estricto, no son defectos de construcción (244).

Para conceder la indemnización de daños y perjuicios al comprador por defectos del edificio, el Tribunal Supremo ha utilizado, además de la vía del artículo 1.101 del Código civil (justificada por el incumplimiento) la del artículo 1.591 C. c. Acude a este artículo aunque no haya contrato de obra y aunque el vendedor no sea constructor, sino promotor del edificio (245). Para ampliar sus posibilidades de utilización ha admitido que la ruina puede ser total o parcial (246) ¿Cual es la diferencia que ofrece al comprador cada uno de estos dos preceptos? Quizá menor de lo que

(238) Así, por ej., SS. 3 febrero 1975, 30 enero 1975, 28 noviembre 1970.

(239) Tal ocurre en la S. 22 octubre 1973. El vendedor tiene propósito de reparar las deficiencias del edificio, obstaculizado por el comprador. De modo parecido, la S. 3 marzo 1973 no aprecia incumplimiento (en las deficiencias en el servicio de calefacción), sino intransigencia en el comprador que pretende resolver el contrato.

(240) Por ej., los de arrendamientos de una casa igual a la vendida, durante el período que duran las obras de reparación (S. 13 marzo 1929). O el importe de la indemnización que satisfizo el comprador a tercero por razón de los defectos de la cosa (S. 22 octubre 1973). En este caso, el comprador había instalado un negocio de hostelería en los locales adquiridos.

En cualquier caso estos daños deberán estar determinados en su existencia y cuantía (S. 17 octubre 1974).

(241) Véase S. 3 marzo 1973.

(242) S. 3 octubre 1979 (obiter).

(243) Por ej., se rechaza en S. 22 octubre 1974, que sí admite obras de reparación.

(244) Grosor de los pilares, introducción de pilares y tubos en la finca limítrofe (S. 18 octubre 1972). El local construido no reúne las cualidades implícitamente pactadas, pues carece de la altura exigida por la ordenanza para cumplir la función a que se destina (S. 17 mayo 1971).

(245) Así, por ej., SS. 11 octubre 1974, 17 octubre 1974, 28 octubre 1974 (aunque no sea decisivo), 9 marzo 1981).

(246) S. 28 octubre 1974, 3 octubre 1979, por ej.

pueda pensarse. Si pensamos en el efecto, la indemnización, no podemos contraponer de un modo rotundo el artículo 1.591 al 1.101. Uno y otro conceden indemnización (247). Y si nos trasladamos al «supuesto de hecho» comprobamos que nuestra jurisprudencia ha utilizado indistintamente uno u otro (248), sin que se pueda percibir de modo preciso una justificación por las diferencias en el supuesto de hecho (249).

Hay una explicación. Pensando en la responsabilidad extracontractual, una mínima perfección de la obra que evite que ésta pueda constituir un peligro social, se puede concebir como una exigencia absoluta; pero dentro de la relación contractual, sea de obra o sea la propia compraventa, la perfección de la obra no puede entenderse como algo separado de lo pactado (aunque sea de modo implícito). Por eso, cuando el Tribunal Supremo para aplicar el artículo 1.101 habla de la fuerza vinculante del pacto, está manejando una regla que no puede quedar excluida al fundar la indemnización en el artículo 1.591.

Detrás de esta doble vía late un problema todavía abierto, el de la interpretación del artículo 1.591, en la que ahora no podemos entrar. Quizá el primer párrafo de ese artículo nos ha hecho desviar nuestra atención del segundo, que probablemente, para una correcta interpretación de aquél es fundamental. Todas las desviaciones de lo pactado por parte del contratista, incluso los vicios de la obra por impericia, aun los que provocan ruina en el contrato de obra son también «causa» de *responsabilidad* por «falta del contratista a las condiciones del contrato» y la acción para pedir indemnización durará quince años. Esta idea no ha de perderse de vista al interpretar el párrafo primero de este precepto.

Tal vez la función primordial de ese párrafo primero del artículo 1.591 no sea otra que la de señalarnos un plazo mínimo de duración de las edificaciones normales, construidas con vistas a un servicio ilimitado. Diez años no es tiempo bastante para poder achacar la ruina del edificio a la acción del tiempo. Por eso, si la ruina ocurre en ese tiempo pone de manifiesto (por el efecto, sin demostrar la causa específica) la defectuosa fabricación.

La ventaja que en el contrato de compraventa representa este precepto, puede ser aplicada, analógicamente, a las compraventas de edificios nuevos realizadas por su constructor o promotor, porque esas compraventas cubren una función semejante a la del contrato de obra.

(247) La S. 28 octubre 1974 demuestra cómo en ocasiones es indiferente emplear una u otra vía.

(248) Hasta 1974 la jurisprudencia del T. S. acude al artículo 1.101. Después no dejará en ocasiones de utilizarlo: así, S. 28 enero 1980.

(249) Más bien parece a veces minimizarse la diferencia (S. 3 octubre 1979).

La responsabilidad del promotor-vendedor.

Estamos tratando de una responsabilidad en la que la cualidad del sujeto tiene una enorme significación; que surge, al menos en su originario planteamiento, de la circunstancia de que el vendedor del piso o local no es un vendedor cualquiera, sino un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado. De no ser así, si en la venta (específica) de un piso ya construido, con vicios ocultos, nada se hubiera prometido o afirmado, ni ocultado (en lo que se conocía o debía conocer), no cabría la responsabilidad del vendedor en el sistema de nuestro Código civil. Sólo procederían las acciones edilicias, y, quizá, las de anulación por error del comprador.

El hecho de que aquí la circunstancia significativa en el vendedor sea haber intervenido en la edificación, supone también una dificultad. A la vista de cómo se distribuye hoy la actividad empresarial en la construcción, ¿a quiénes se puede imputar un defecto del edificio, en ese círculo amplio de sujetos relacionados con la proyección, dirección y ejecución de la obra?

Al contestar a esta pregunta, no basta pensar en el arquitecto o en otros técnicos; ni en el constructor, titular de la empresa que materialmente ejecute la obra. Lo más frecuente es que no sea ni uno ni otro quien enajene (total o parcialmente) el edificio a su futuro destinatario, ni quien haya asumido la iniciativa de su construcción. Cada vez es más frecuente que esta función se realice por un empresario independiente, al que se denomina «promotor de la construcción» o simplemente «promotor».

La actividad empresarial de promoción inmobiliaria adopta diversas modalidades. Una de ellas, la que aquí nos interesa (250), se caracteriza porque el promotor, teniendo derecho a construir en un determinado suelo, toma por sí y de modo autónomo la iniciativa económica de la construcción, con ánimo de posterior venta (251). Es posible, como admite nuestro Tribunal Supremo, que contrate la ejecución de la obra con un único contratista, o que lo haga, de modo independiente, con los múltiples gremios que han de intervenir en la obra, a los cuales coordina (252). Evidentemente, la actividad de promoción inmobiliaria no deja de existir cuando la misma empresa de promoción asume la ejecución de la obra, es promotora y constructora, pero en ese caso la responsabilidad ofrece para nosotros menos problema.

Ante el promotor así concebido se nos plantea la siguiente cuestión: ¿será responsable ante el comprador, por los defectos de la obra, a pesar de no haber intervenido directamente en la construcción del edificio? A esta cuestión ha respondido afirmativa-

(250) Además de la que se recoge en el texto está la del promotor de comunidades, a veces designado promotor mandatario (véase S. 2 octubre 1975).

(251) SS. 11 octubre y 17 octubre 1974.

(252) S. 17 octubre 1974.

mente nuestro Tribunal Supremo, como vamos a ver a continuación.

Tal vez puede pensarse que el reconocimiento de la responsabilidad del promotor-vendedor (no limitada por los cortos plazos de las acciones edilicias), sólo se inicia en nuestra jurisprudencia a partir de la famosa sentencia de 11 octubre 1974 (a la que de inmediato sigue la de 17 octubre 1974), pero eso no es del todo exacto. A partir de ese momento, sin duda importante, se va a imputar responsabilidad, de modo abierto, al promotor; pero antes no se ha excluido la responsabilidad de éste; más bien no se han hecho diferencias entre constructor y promotor (253). Lo que ocurre es que en esa fecha, al iniciar el T. S. una nueva vía para construir esa responsabilidad, la del artículo 1.591 (asimilando el promotor al contratista) e invocándose en el recurso la condición de promotor (no constructor) para exonerarse de la responsabilidad, se ve forzado a precisar quién es el promotor.

La importancia de esta dirección jurisprudencial, lo más decisivo en ella, no está, a nuestro modo de ver, ni en que utilice el artículo 1.591, ni mucho menos en los argumentos un tanto literalistas que se emplean para justificar su utilización (254), argumentos que en su día causaron cierta extrañeza a algún sector de la doctrina (255) Andando el tiempo nos lo han puesto de manifiesto otros fallos del propio T. S., que no han propiciado la aplicación de ese precepto (quizá por lo insatisfactorio de la argumentación utilizada en su empleo), y no obstante han llegado al mismo resultado manejando otras razones formales y utilizando de nuevo los preceptos generales sobre indemnización (art. 1.101) y resolución

(253) La tendencia del comprador de un edificio de reciente construcción es dirigirse contra el vendedor, aunque se hubiera limitado éste a encargar su construcción a un contratista (SS. 13 marzo 1929, 10 enero 1949).

(254) Para el T. S., «el tema básico alrededor del cual gira el ... recurso» interpuesto por los promotores es «determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del C. c., o por el contrario queda al margen de aquella y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto». Su respuesta es afirmativa. El promotor responde frente al adquirente de la obra, con arreglo al artículo 1.591 (S. 11 octubre 1974).

Pocos días después reafirma la orientación anterior: «El dueño del terreno [promotor] se convierte en su propio constructor o contratista». «Construye indirectamente por medio de los gremios que él coordina». Asume en realidad la cualidad de contratista con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto [art. 1.591], frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que ... resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el referido artículo 1.591, para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal de que la ruina de la obra se manifieste después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieran transcurrido diez años desde la conclusión de la obra» (S. 17 octubre 1974).

(255) CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores* (1976), pp. 244 ss.

por incumplimiento (art. 1.124) (256). La verdadera importancia de esas dos sentencias de 1974 está en que se plantean abiertamente el problema de la responsabilidad del promotor-vendedor y sostienen, apoyándose en serias razones de justicia, que el promotor, cuando vende, debe responder al comprador de los defectos de la edificación, aunque haya transcurrido el plazo del artículo 1.490.

Que el promotor-vendedor responda significa una justa extensión de una responsabilidad originariamente fundada en la impericia del artífice (y, por tanto, sólo explicable en el constructor-vendedor) a una actividad empresarial que, no dedicada a la ejecución de la obra, no requiere en sí misma dominar el arte de la construcción. Esta extensión, que sin duda supone un cambio en el funcionamiento de la regla «imperitia culpae adnumeratur» no debe, sin embargo, extrañarnos. Se da, dentro de cualquier empresa, cuando se imputan los efectos de la actividad de los dependientes (técnicos) al empresario (no perito) (art. 1.903 IV) (257). Se hace incluso muy difícil poder seguir justificando la responsabilidad del promotor en base a criterios puramente subjetivos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, los únicos que en este caso podrían valer.

El que la jurisprudencia nos haya limitado la figura del promotor, tiene otro valor. Va a permitir diferenciar la responsabilidad de quien construye para vender, que desempeña una actividad empresarial de promoción inmobiliaria, de quien construye (o encarga la construcción) para cubrir sus propias necesidades, y más tarde, sin haberlo previsto inicialmente, vende (258). Pensemos, por ejemplo, en quien edifica una casa de recreo para pasar sus vacaciones, que más tarde se ve forzado a venderla por necesidades económicas. En este caso no se debe imponer al vendedor más que lo que prevén las acciones edilicias, sin perjuicio de que el comprador deba contar con los mismos remedios que aquél tendría frente al que ejecutó la obra.

(256) SS. 28 enero 1980 y 3 octubre 1979.

(257) RUBIO GARCÍA MINA, J., *La responsabilidad civil del empresario* (discurso) (1971), pp. 51 ss.; ROJO, A., *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), pp. 127 ss., también CASTRO, en contestación al discurso de Rubio, p. 76.

(258) Así parece ser en SS. 13 marzo 1929 y 10 enero 1946.