

LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO AL COMPRADOR CONSUMIDOR EN LAS COMPRVENTAS CON TRANSPORTE DE MERCANCIAS: ART. 66 ter TRLGDCU¹

Reyes Sánchez Lería

Profesora contratada doctora temporal
Universidad Pablo de Olavide

TITLE: *Passing of risk to the consumer in sales with transportation of goods: article 66 ter TRLGDCU.*

RESUMEN: la modificación del TRLGDCU llevada a cabo por La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha introducido, entre otros, el art. 66 ter, en el que se regula la transmisión del riesgo en las compraventas de consumo con transporte del bien. Como es sabido, el supuesto de la pérdida fortuita de la cosa debida y de quién debe asumir su consecuencia ha sido siempre una cuestión debatida y confusa, que se encuentra además regulada en distintas normas dentro de nuestro ordenamiento, lo que hace que la solución dada por el legislador sea diferente en función del tipo de compraventa de que se trate. En este trabajo tratamos de determinar cuál es exactamente el ámbito objetivo de la norma del TRLGDCU, sus presupuestos y sus efectos. Se trata de fijar, pues, con la mayor precisión, cuál es exactamente la regulación que sobre la transmisión del riesgo resulta aplicable a las compraventas de consumo.

ABSTRACT: *The modification of the TRLGDCU following law 3/2014, on 27th March, introduced, among other things, article 66 ter which regulates passing of risk in the sales of consumer goods. As we know, the instance of accidental loss of the object due, and who must assume the consequences, has always been a question of debate. It is regulated under different laws within our legal system, which means that the solution given by the legislator can differ depending on the type of sale. In this paper, we try to determine exactly what is the scope of the rule of the TRLGDCU, their budgets and their effects. It intends to define, therefore, with greater precision, exactly what that regulation on passing of risk is applicable to the buying and selling of consumer goods.*

PALABRAS CLAVE: compraventa; pérdida fortuita; transporte del bien; transmisión del riesgo; consumidores.

KEY WORDS: *sale of goods; accidental loss; transportation of goods; passing of risk; consumers.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA: SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LOS TEXTOS UNIFICADORES DEL DERECHO DE CONTRATOS. 3. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO AL COMPRADOR EN LAS COMPRVENTAS DEL CONSUMO. 3.1. *La regulación de las faltas de conformidad en las compraventas de consumo: ¿un régimen jurídico sobre los riesgos?* 3.2. *La transmisión del riesgo en los contratos a distancia con transporte de mercancías: la incidencia del régimen jurídico del derecho de desistimiento en la transmisión del riesgo al adquirente consumidor.* 3.3. *Los riesgos en la compraventa de consumo tras la reforma de 2014: art. 66 ter TRLGDCU.* 3.3.1. *La transmisión del riesgo en las ventas indirectas.* 3.3.2. *Excepción: elección del transporte*

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco de las actividades del Proyecto de Excelencia “La protección jurídica del consumidor adquirente de bienes y contenidos digitales en el moderno derecho privado europeo: consecuencias para el ordenamiento jurídico español” (DER2013-44399-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Investigador Principal: Francisco Oliva Blázquez.

por el consumidor. 3.3.3. Un supuesto no contemplado en la norma: la *mora creditoris*. 3.3.4. Efectos de la asunción del riesgo por el vendedor en las ventas indirectas. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Con la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), por La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/83/UE, se ha llevado a cabo una reforma de cierto calado sobre cuestiones de gran importancia dentro de nuestro Derecho de consumo, como el propio concepto de consumidor y empresario o profesional (arts. 3 y 4 TRLGDCU), la información precontractual que debe proporcionar el empresario (art. 60 TRLGDCU), el derecho de desistimiento (arts. 71, 76 bis y 77 TRLGDCU) o la regulación de los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil (arts. 92 y siguientes TRLGDCU), entre otras. En concreto y en lo que aquí interesa, esta Ley ha añadido el art. 66 ter que regula la siempre debatida cuestión de los riesgos por pérdida o deterioro de los bienes, en concreto, en los contratos con transporte del bien, estableciendo un régimen dirigido a proteger al consumidor y usuario de todo riesgo que pueda tener lugar antes de que haya adquirido la posesión material del mismo. En efecto, como veremos, con esta nueva regulación se protege al consumidor con el fin de evitar que deba pechar con las consecuencias de los eventos que puedan ocurrir hasta la entrega material del objeto adquirido.

En cualquier caso y sin perjuicio de la utilidad del precepto mencionado, no podemos negar que la cuestión de los riesgos por pérdida o deterioro fortuito en el contrato de compraventa, se encuentra regulada en nuestro ordenamiento con un régimen jurídico disperso y de difícil interpretación y encaje. Por un lado, el régimen general se contiene en el art. 1452 del Código Civil. Por otro lado, también en el Código de Comercio, en los arts. 331 a 333. Para las relaciones entre un empresario y un consumidor, el art. 66 ter TRLGDCU que regula un supuesto concreto de compraventa con transporte del bien. A ello hay que añadir que, en opinión de algunos autores, también incide en esta regulación el régimen jurídico de las denominadas faltas de conformidad de los bienes y del derecho de desistimiento, ambos regulados también en el TRLGDCU². Por último, para las compraventas internacionales, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se regula la cuestión de los riesgos en los arts. 66 a 70.

² Entre otros, ORTÍ VALLEJO, Antonio, «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», en AAVV., *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 137-147. TORRELLÉS TORREA, Esther, «Artículo 114. Principios generales», en Cámara Lapuente, Sergio (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1053-1063.

Precisamente en este trabajo tratamos de determinar cuál es exactamente el ámbito de aplicación del art. 66 ter, analizar los distintos supuestos que plantea la norma y concretar las consecuencias jurídicas de su aplicación. Para ello, consideramos necesario comenzar con un breve análisis de la regulación que sobre esta cuestión se consagra en nuestro Código Civil como régimen general, poniéndola en relación con los actuales textos de unificación del Derecho de contratos europeo e internacionales. De este modo situamos el tema que nos ocupa y el conflicto de intereses que subyace en el mismo. Una vez realizado esto, nos adentramos en el estudio de la nueva regulación contenida en el TRLGDCU, poniéndola en relación con la ya existente y que puede incidir en la misma, para concretar por último la aplicación práctica del supuesto contemplado en el precepto.

2. LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA: SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LOS TEXTOS UNIFICADORES DEL DERECHO DE CONTRATOS

Como ya se ha indicado, una de las cuestiones más polémicas del régimen jurídico del contrato de compraventa ha sido, desde siempre, la de la transmisión de los riesgos por pérdida o deterioro fortuito de la cosa vendida, supuesto contemplado en el oscuro y debatido art. 1452 del Código Civil³.

La cuestión, como sabemos, se plantea en los siguientes términos. El art. 1468 obliga al vendedor a entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato, respondiendo de la pérdida o deterioro si hay culpa, negligencia o morosidad (1101 CC) o cuando, aun sin haber culpa, éste se constituye en mora o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, perpetuándose en este caso la obligación (art. 1096.3 CC).

Por el contrario, si la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del vendedor y antes de haber sido entregada, queda liberado de su obligación (1182 CC). El problema que se plantea en este último caso es si éste conserva su derecho al precio, esto es, ¿subsiste la contraprestación a cargo del comprador cuando la cosa se deteriora, o incluso se pierde, por causas no imputables al vendedor y antes de haber sido entregada? Si la respuesta es afirmativa, se dice entonces que el riesgo lo soporta el comprador (*periculum est*

³ En efecto, esta norma ha sido descrita por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, «Artículo 1452», en AAVV., *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, 1991, Madrid, p. 895, como «de difícil entendimiento, confusa y lagunosa». ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, p. 291 opina que, interpretada literalmente, resulta oscura e insuficiente. Por su parte, COSSIO, Alfonso de, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *Revista de Derecho Privado*, núm. 326 (1944), p. 366 critica que «de las palabras del propio precepto, tanto puede deducirse el principio *res perit emptoris*, como su contrario, de que los riesgos los soporta el vendedor, ya que del examen de los referidos artículos, lo único que se deduce es que a falta de culpa o mora por su parte, la obligación del vendedor se extingue al perderse o destruirse la cosa vendida, quedando en pie el problema de si, a pesar de esta extinción, subsistirá su derecho exigir para el pago del precio al comprador».

emptoris) y si se libera de su obligación en este caso, se entiende que es entonces el vendedor el que soporta el riesgo (*periculum est venditoris*)⁴.

Para dar respuesta a esta cuestión, el art. 1452 del Código Civil distingue dos situaciones diferentes, estas son, por un lado, que el contrato se haya celebrado sobre una cosa específica o una genérica hecha unitariamente y, por otro, aquel cuyo objeto recae sobre una cosa genérica que hay que concentrar o especificar.

En primer lugar, dispone el art. 1452, párrafos primero y segundo que el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un sólo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Se remite, pues, a las reglas que sobre esta cuestión se encuentran reguladas en sede de las obligaciones unilaterales de dar.

De la regulación de los arts. 1096 y 1182 en conjunción con el art. 1452, un sector mayoritario de nuestra doctrina⁵ y jurisprudencia⁶ ha interpretado que el daño o provecho que sufra o reciba la cosa serán de cuenta del comprador, acreedor de la misma, desde que nace la obligación de entrega. De esta forma deberá soportar la pérdida o deterioro cuando se deba a caso fortuito o fuerza mayor, debiendo pagar, en este caso, el precio al vendedor. Desde la perfección del contrato, por tanto, el comprador asume el riesgo salvo en los casos en los que el vendedor se haya constituido en mora o se hubiese obligado a entregar la misma cosa a distintas personas. Se consagra, pues, en nuestro ordenamiento, la regla *periculum est emptoris* según este sector doctrinal, que aduce también otros argumentos. En primer lugar, porque no existe ningún precepto que exima al comprador de pagar el precio, siendo además la suya una obligación genérica (*genus numquam perit*). En segundo lugar, esta solución es acorde con la regulación del art. 1095 del Código Civil que, como es sabido, da derecho al comprador a recibir los frutos que produzca la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Es coherente, por tanto, que si el comprador se beneficia, también debe pechar con los posibles perjuicios que puedan acontecer sobre la cosa desde el momento

⁴ COSSIO, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», op. cit., p. 366. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1452», *Comentario del Código Civil. Tomo II*, op. cit., p. 895. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Bosh, Barcelona, 2011, p. 527. ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La atribución del riesgo al comprador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 50. También en los instrumentos de unificación del Derecho se plantea esta cuestión en los mismos términos. Así, por ejemplo, en el art. IV. A. 5:101 del Borrador del Marco Común de Referencia, describe la cuestión de la siguiente manera: «La pérdida o los daños de los bienes acaecidos después de que el riesgo se transmite al comprador no eximen a éste de su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida o daños deriven de una acción u omisión del vendedor», SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «Libro IV. Parte A. Capítulo 5. Transmisión del riesgo», en AAVV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco común de Referencia. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 929.

⁵ Por todos, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 267.

⁶ Véanse, entre otras, las STS (1ª) de 22 de abril de 2004 (RJ 313/2004), STS (1ª) 16 de noviembre de 1979 (RJ 4651/1979) y las que allí se citan.

que nace la obligación de entrega⁷. Por último, porque el art. 1186 del Código Civil concede al acreedor las acciones que el deudor tuviere contra terceros por la pérdida de la cosa, lo que determina que éste no quede desasistido⁸.

No podemos negar, en cualquier caso, que esta regulación conforme a la interpretación expuesta resulta extraña a los principios que imperan en el Derecho de contratos y el régimen general de las obligaciones recíprocas. En efecto, como indica, entre otros, LÓPEZ Y LÓPEZ, la solución que atribuye el riesgo al comprador parece chocar con los principios generales en materia de obligaciones recíprocas, pues viene a imponer a una de las partes una obligación aun en ausencia de sinalagma, en un supuesto en el que parece más procedente la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)⁹.

Por ello, frente a la interpretación mayoritaria que acabamos de exponer, se manifiestan otros autores entendiendo que, si bien el daño o provecho de la cosa son de cuenta del comprador por el propio juego del art. 1095 del Código Civil, no parece justo que deba también asumir el riesgo de la pérdida total de la cosa debida. En este sentido se argumenta, por un lado, que esto no es así en otros contratos onerosos, como en el contrato de obra, en el que cada uno pierde lo que haya entregado o hecho (arts. 1589 y 1590 CC). Por otro lado, esta no resulta la regla del art. 1124 del Código Civil, aplicable como sabemos a las obligaciones sinalagmáticas, según la cual se permite a la parte cumplidora resolver la obligación cualquiera que sea la causa del incumplimiento. Por último, también se argumenta que esta norma no resulta coherente con nuestro sistema, en el que para la transmisión de la propiedad que requiere, como sabemos, además del contrato, la entrega de la cosa. Es a partir de ese momento cuando el comprador se convierte en propietario y, en consecuencia, cuando debe soportar el riesgo de una pérdida fortuita de la misma de acuerdo con la máxima *res perit domino*¹⁰. Se mantiene,

⁷ ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 300.

⁸ Véase por todos, LACRUZ BERDEJO, Jose Luís, SANCHO REBULLIDA, Francisco, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen II. Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 26.

⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1452», en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, op. cit., p. 896. En el mismo sentido opina ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 140, que la facultad resolutoria puede ejercitarse por el contratante cumplidor en todos los vínculos sinalagmáticos, bien al amparo de la regla general del artículo 1124 CC, o de normas específicas aplicables a figuras contractuales singulares. No puede en cambio ejercitarse en los supuestos de *periculum rei venditae*, donde la imposibilidad de prestar del vendedor da a este el derecho a exigir el pago del precio (art. 1452 CC). De la misma opinión, también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Los riesgos en la compraventa: *periculum est emptoris*, *genus numquam perit* y sinalagma contractual», en Carrasco Perera, Ángel (director), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 1689. CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, «El contrato de compraventa (1)», en Yzquierdo Tolsada, Mariano (director), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 71.

¹⁰ Este último argumento, sin embargo, no es compartido por todos aquellos que defienden la interpretación expuesta del art. 1452. En este sentido, se ha entendido que este bocado no resulta aplicable en un supuesto, como el que nos ocupa, de carácter puramente obligacional. En consecuencia,

pues, la tesis según la cual la regulación del Código Civil determina que el riesgo de menoscabo lo soporta el comprador y el de destrucción, el vendedor. Dicha opinión se apoya en que el art. 1452 sólo habla de daño o provecho de la cosa, cargando sobre el comprador el riesgo de que ello se produzca. No obstante, se ha entendido que al no regularse expresamente la destrucción total de la cosa, a este supuesto ha de aplicarse el art. 1124 del Código Civil, lo que da derecho en este caso al comprador a resolver la obligación, pues el vendedor no le podrá entregar la cosa, por lo que el riesgo recae sobre éste que, al no poder entregarla, pierde su derecho al precio¹¹.

En cualquier caso, esta última no resulta la interpretación mayoritaria del art. 1452, párrafos primero y segundo pues, como ya hemos indicado, en las compraventas de cosa específica la opinión generalizada es que el comprador asume el riesgo tanto del menoscabo como de la pérdida fortuita de la cosa¹², debiendo pagar el precio de la misma.

En segundo lugar, respecto a las ventas de cosa genérica, el último párrafo del art. 1452 dispone que el riesgo se transmite al comprador desde la concentración. Por tanto, en este caso, el riesgo no se asume desde la perfección del contrato si no desde que la cosa es individualizada. Hasta ese momento, será el vendedor el que responda de los eventos fortuitos que puedan acontecer, quedando obligado a entregar al comprador la cosa en los términos pactados (*genus numquam perit*)¹³.

Debemos destacar que en el Código de Comercio se regula la cuestión de un modo diferente a la prevista en el Código Civil y más acorde, como venimos planteando, a los principios inspiradores del Derecho de contratos. En efecto, los arts. 331 y 333 consagran la regla *periculum est venditoris* aunque, como se ha puesto de manifiesto, situando la transmisión del riesgo al comprador en dos momentos diferentes, estos son, el de la entrega del art. 331 y el de la puesta a disposición en el lugar y tiempo convenidos del art. 333¹⁴.

Por su parte, los textos unificadores del Derecho de contratos también consagran la regla de la entrega o puesta disposición de los bienes al comprador.

los argumentos que se utilicen para defender esta interpretación han de estar siempre en el terreno del Derecho de obligaciones. Véase, COSSIO, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», op. cit., pp. 367 y 368.

¹¹ ALBALADEJO, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, op. cit., pp. 531- 532.

¹² El supuesto de pérdida fortuita de la cosa incluye también aquel en el que la cosa queda fuera del comercio o es objeto de expropiación forzosa, de forma que ya no puede ser entregada por el vendedor.

¹³ CLEMENTE MEORO, «El contrato de compraventa (1)», en *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, op. cit., p. 70. Véase también, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Genus numquam perit», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35 (1982), núm.2, pp. 291-354.

¹⁴ Sobre esta cuestión y la jurisprudencia que lo interpreta, COSSIO, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», op. cit., pp. 378-399.

Así, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se regula la cuestión de los riesgos en los arts. 66 a 70, distinguiéndose entre dos supuestos, estos son, por un lado, la compraventa con transporte y el resto de supuestos. Sin entrar aquí en un estudio exhaustivo sobre la regulación contenida en la Convención, podemos afirmar que las reglas son básicamente las siguientes. En primer lugar, en el caso del transporte de mercancía, el riesgo se transmite al comprador cuando se pongan los bienes a disposición del porteador. Cuando las mercaderías se venden en tránsito, el riesgo lo asume el comprador desde la perfección del contrato. En cualquier otro caso, dispone el art. 69 de la Convención, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición¹⁵.

Como pone de manifiesto OLIVA BLÁZQUEZ, este último supuesto puede considerarse residual en la compraventa internacional, ámbito en el que se sitúa el Convenio pues, en la mayoría de los casos, la compraventa transfronteriza implicará el transporte de los bienes adquiridos¹⁶. No obstante, sí podemos afirmar que será el supuesto normal en las compraventas reguladas en nuestro Código, pues el precepto de la Convención se refiere específicamente a aquellos casos en los que el comprador ha de recoger el bien en el establecimiento del vendedor, o en cualquier otro lugar, siempre que el transporte se organice por el propio vendedor (las denominadas compraventas en plaza). Como podemos observar, aquí sí el criterio determinante es el de la recepción de las mercaderías por el comprador o el de la puesta a disposición al mismo por el vendedor. Hasta ese momento es evidente que es el vendedor el que tiene el control y accesibilidad de las mercaderías, lo que determina que pueda adoptar todas las medidas preventivas que sean necesarias para impedir que los bienes sufran daños y, asimismo, se encuentra en una situación mucho más adecuada para asegurar las mismas¹⁷.

Por su parte, la regulación del contrato de compraventa en el Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), también contiene un régimen jurídico concreto relativo a la transmisión del riesgo. La regla general se contiene en el art. IV. A. 5: 102 que dispone que el riesgo se transmite al comprador cuando éste toma posesión de los bienes o de los documentos que los representan. Por otro lado, en el art. IV. A 5:103 se contiene una regulación específica para las ventas de consumo en las que el riesgo se transmite con la toma de posesión de los bienes por el comprador¹⁸.

¹⁵ Véase CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Comentario a los arts. 66 a 70 de la Convención de Viena», en Díez-Picazo, Luís (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 514 - 559.

¹⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 188. ALCOVER GARAU, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 139.

¹⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, *La transmisión del...*, op. cit., p. 193.

¹⁸ La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea regulaba la transmisión del riesgo distinguiendo entre las compraventas de consumo y las realizadas entre comerciantes. Para la compraventa realizada entre un empresario y un consumidor, el art. 142.1 establecía que el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un

Por último, el Proyecto de modificación del Código Civil prevé la reforma de esta regla. Así, el art. 1452, párrafos primero y segundo del Proyecto determinan que:

«El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla».

Por tanto, se establece como regla general el momento de cumplimiento de la obligación del vendedor, con independencia de si el comprador ha recibido o no la cosa¹⁹.

En definitiva, a pesar de que como acabamos de comprobar, las regulaciones más modernas que existen sobre la cuestión no imputan el riesgo al comprador hasta que éste no haya tomado posesión de los bienes o, al menos, hasta que el vendedor no los haya puesto a su disposición en los términos pactados, nuestro Código Civil, siguiendo la interpretación mayoritaria del precepto, acoge en el art. 1452 un criterio, el de la perfección del contrato, que sin duda es excepcional respecto a los principios imperantes en las reglas del incumplimiento e incluso al sentimiento de justicia contractual que generalmente impera en la sociedad, a la que sin duda le resulta difícil comprender por qué si el comprador no recibe nada, debe pagar el precio²⁰. Igualmente se ha de señalar que esta regla, claramente protectora de los intereses del vendedor, resulta cuanto menos extraña cuando se ha de aplicar a las denominadas relaciones de consumo en las que, como sabemos, impera el principio *pro consumatore*, protegiendo al consumidor como parte más débil de la relación contractual y que será, en la gran mayoría de los casos, el comprador perjudicado por la misma. Parece que ello, sin embargo, ha sido corregido por el legislador, regulando esta cuestión de un modo diferente en el TRLGDCU, como veremos a continuación.

3. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO AL COMPRADOR EN LAS COMPRAVENTAS DEL CONSUMO

tercero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales. Para la realizada entre comerciantes, el art. 143.1 disponía que, en los contratos entre comerciantes, el riesgo se transmitirá en el momento en que el comprador reciba los bienes o los contenidos digitales o los documentos que representen a los bienes. Véase, OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, «Passing of risk», en Plaza Penadés, Javier, Martínez Velencoso, Luz, M. (directores), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Valencia, 2014, pp. 183-205.

¹⁹ Los últimos dos párrafos del artículo no contienen una regla especial sobre la transmisión del riesgo, limitándose a establecer que a partir del momento en que pasa el riesgo al comprador, corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute, y que el traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros.

²⁰ De esta opinión, ALBALADEJO, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 528.

Una solución distinta a la planteada en nuestro Código Civil se regula en el TRLGDCU para las compraventas realizadas entre un empresario y un consumidor²¹. En concreto, el art. 66 ter regula la transmisión del riesgo disponiendo que:

«Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste».

La regulación establecida dispone, en consecuencia, que el riesgo por la pérdida o deterioro de la cosa vendida se transmita al consumidor cuando él mismo, o un tercero por él indicado, adquiera la posesión material de los bienes, acogiéndose por tanto un criterio claramente protector del consumidor²².

Como ya se ha indicado, este precepto ha sido introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Con esta Directiva se pretende, entre otros objetivos, incentivar las ventas a distancia transfronterizas. En este sentido, el legislador comunitario ha considerado que

²¹ Por supuesto, el régimen jurídico contenido en el art. 66 ter se aplica exclusivamente a las compraventas de consumo, estas son, aquellas en las que una de las partes es un empresario o profesional y la otra un consumidor. De acuerdo con el art. 3 TRLGDCU, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Asimismo, son también consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por tanto, el ámbito donde se desarrolla la contratación y el destino que se dé al bien adquirido, son los criterios claves para determinar en qué casos estamos ante un consumidor y en cuáles el adquirente no va a recibir la protección conferida por el TRLGDCU. En los casos en los que el uso del bien sea mixto, es decir, que se use tanto en el ámbito privado como profesional del adquirente o no se conozca exactamente cuál será el destino, se ha considerado que el precepto admite una interpretación extensiva, de forma que se aplica también en estos casos el régimen del TRLGDCU. Así lo establece expresamente el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, que determina que si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Asimismo, es necesario que el consumidor haya adquirido el bien de un empresario o profesional definido en el art. 4 TRLGDCU como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

²² OLIVA BLÁZQUEZ, «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, op. cit., p. 407.

la armonización plena de determinados aspectos fundamentales refuerza considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes (considerando 7 Directiva 2011/83/UE). En concreto, sobre la transmisión de los riesgos, dispone el considerando 55 que cuando el comerciante expide los bienes al consumidor, en caso de pérdida o deterioro, la determinación del momento de la transferencia del riesgo puede ser fuente de litigios. En este sentido, se debe proteger al consumidor de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido posesión material de los mismos²³.

Por su parte, esta norma se enmarca en el título I del libro II TRLGDCU, entre las disposiciones generales de los contratos con consumidores. Se aplica, en consecuencia, a todos los contratos de compraventa sobre bienes muebles corporales incluyendo el agua, el gas y la electricidad cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas (art. 59 bis.2 TRLGDCU).

La primera cuestión que debemos plantearnos, antes de entrar en el análisis del precepto, es si esta regulación es la única que existe en materia de riesgos en las compraventas de consumo. En efecto, por un lado, debemos tener en cuenta que desde el año 2003, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías de Bienes de Consumo, que se incorporó posteriormente al TRLGDCU de 2007, estableció un régimen jurídico en el que, según algunos autores, ya se había consolidado la regla de *periculum est venditore* para las ventas de bienes muebles realizadas entre un profesional y un consumidor. Por otro lado, debemos determinar si el derecho de desistimiento que ya se prevé para los contratos a distancia incide en la cuestión de la transmisión de los riesgos, teniendo en cuenta que también en este tipo transacciones deberá realizarse, en la mayoría de los casos, el transporte del bien adquirido. Veamos en primer lugar, por tanto, si estamos en estos casos ante una regulación que de algún modo concurre con la de la transmisión de los riesgos para las relaciones de consumo, para posteriormente determinar el encaje e interpretación que ha de hacerse del art. 66 ter TRLGDCU.

3.1. *La regulación de las faltas de conformidad en las compraventas de consumo: ¿un régimen jurídico sobre los riesgos?*

En el título IV del Libro II TRLGDCU se regula el supuesto de las denominadas faltas de conformidad del bien en las compraventas de consumo de bienes muebles. En concreto,

²³ En concreto, el art.20 de la Directiva dispone expresamente que: «En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista». Como podemos observar, el legislador español se ha limitado a copiar literalmente lo establecido por la Directiva, conteniéndose exactamente en ambos casos la misma regulación.

en el art. 114 TRLGDCU se dispone que el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Se regulan fundamentalmente los criterios para determinar cuándo existe dicha falta de conformidad con el contrato (art. 116 TRLGDCU), la responsabilidad del vendedor en los casos en los que el bien no se adecue a las características establecidas en el acuerdo y los derechos que asisten al consumidor en este supuesto (arts. 118 a 124 TRLGDCU). Como ya hemos adelantado, la cuestión que se plantea en relación con este régimen jurídico es si en ella se realiza una atribución de los riesgos a cargo del vendedor o si regula exclusivamente los supuestos de incumplimiento contractual y su responsabilidad frente al comprador.

Antes que nada, debemos señalar que la mayoría de las ventas de bienes de consumo se realizan en el establecimiento mercantil del profesional y son instantáneas, esto es, que el momento de la perfección del contrato coincide con el de la entrega de la cosa, lo que determina que el problema del riesgo no se plantee pues, como sabemos, éste requiere un lapso temporal entre estos dos momentos. Igualmente, debemos considerar que la mayoría de estos contratos tienen como objeto una cosa genérica y, como es sabido, el art. 1452 del Código Civil determina que el riesgo no se transmite hasta la especificación que coincidirá, casi en la totalidad de los casos, con la entrega al comprador. En definitiva, la cuestión planteada es más teórica que real pues rara vez las ventas de consumo plantearán un problema de distribución de riesgos²⁴. No obstante, puede ocurrir que, perfeccionada la venta, se posponga la entrega para un momento posterior y, además, que la cosa se encuentre determinada, por ejemplo, cuando se trate de bienes de segunda mano. Si en este caso el objeto se pierde o deteriora por causas no imputables al vendedor antes de su entrega, habrá que determinar cuál es el régimen aplicable.

A favor de la aplicación de las normas de saneamiento del TRLGDCU en este caso se ha argumentado que en ningún precepto se exige que la falta de conformidad se deba a dolo o negligencia del deudor ni que su causa sea anterior al contrato de compraventa. De esta forma, se puede afirmar que se aplica a cualquier defecto o menoscabo que tenga la cosa entregada con independencia de la causa que lo haya provocado. Asimismo, de dicho régimen jurídico puede extraerse, en coherencia con los principios que inspiran el mismo, que si el consumidor puede elegir entre la reparación del bien o su sustitución en los casos en los que éste no se adecue con lo establecido en el contrato, con mayor razón cabe que pueda exigir la entrega o la resolución del contrato cuándo éste por cualquier causa no recibe el bien prometido²⁵. Por tanto, la ordenación establecida en el TRLGDCU se aplica tanto a los defectos como al perecimiento de la cosa

²⁴ De esta opinión, también, TUR FAÚNDEZ, María Nélica, «La obligación de entrega de los bienes y la transmisión del riesgo en la compraventa de consumo», *La Ley Mercantil*, núm. 10 (2015), enero, p. 8.

²⁵ ORTÍ VALLEJO, «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 142.

e imputa el riesgo siempre al vendedor profesional, que habrá de responder frente al consumidor, hasta el momento de entrega de la cosa. En definitiva, se aplica a cualquier tipo de incumplimiento contractual con independencia de si resulta imputable o no al vendedor, adoptándose, por tanto, para la compraventa de bienes de consumo la regla *periculum est venditore*²⁶.

Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, integrada en el régimen contemplado en los arts. 114 y siguientes TRLGDCU, establecía expresamente que la regulación contenida en estos preceptos sustituye, para las transacciones realizadas entre un empresario y un consumidor, a las normas de saneamiento por defectos ocultos de los arts. 1484 y siguientes del Código Civil y, por tanto, no se trata en este caso de regular una cuestión de riesgos. En esta línea, CARRASCO PERERA manifiesta que el art. 114 de la Ley no contiene una norma de atribución de riesgos de la entrega. Según este autor:

«el vendedor está obligado a entregar al consumidor productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Pero de la misma forma que la norma común de riesgos en la compraventa (art. 1452 CC) es compatible con la norma relativa al deber de sanear los vicios ocultos (art. 1484 CC), el art. 114 LGDCU, que es una norma relativa a la responsabilidad por falta de conformidad, es perfectamente congruente con un régimen de riesgos en virtud del cual el comprador consumidor soporta el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos que ocurren una vez perfeccionado el contrato y que procede de una contingencia que no trae causa de un vicio preexistente al contrato»²⁷.

En nuestra opinión, en el supuesto planteado se aplica el régimen jurídico de los artículos 114 y siguientes pues en él se consagra un sistema de responsabilidad objetiva frente a cualquier incumplimiento (o «falta de conformidad» en palabras de la propia Ley), de tal forma que es imputable al vendedor siempre que la cosa se encuentre en su ámbito de control, esto es, hasta el momento de la entrega, disponiendo en estos casos el comprador de determinados remedios. Así se declara expresamente en el art. 114 que dispone que:

²⁶ ORTÍ VALLEJO, *Idem*, p. 143. En este sentido también, TORRELLÉS TORREA, «Artículo 114. Principios generales», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, op.cit., pp. 1062-1063, opina que en virtud de este régimen jurídico «es el vendedor quien soporta los riesgos de las circunstancias que convierten el bien en no conforme hasta el momento de la entrega. Mientras que el comprador no reciba el bien, los riesgos por pérdida o deterioro corren a cargo del vendedor. Esto provoca un cambio en el sistema español de transmisión del riesgo, ya que el art. 1452 CC-por remisión a los arts. 1096 y 1182- imputa al comprador el daño o provecho de la cosa vendida desde el mismo momento de perfeccionarse la venta, aunque no se convierta en propietario hasta la entrega del bien».

²⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 9, (2014), p. 36. Disponible en w.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/468 [Consulta: 9 julio 2016].

«el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto».

En efecto, se requiere exclusivamente que el defecto ya existiera en el momento de la entrega del producto, aunque se manifieste después en el plazo de dos años (art. 123.1 TRLGDCU), y que el consumidor desconociera el mismo (art.116. 3 TRLGDCU), de forma que en ningún caso se hace depender la responsabilidad del vendedor en base a un criterio de imputación subjetiva²⁸. En definitiva, si una de las partes (en este caso el profesional) responde siempre y en todo caso hasta la entrega del bien, no es preciso establecer un régimen de distribución de riesgos²⁹.

Por su parte, el art. 66 ter TRLGDCU sí regula expresamente el supuesto de la transmisión del riesgo en la denominada venta indirecta o venta con transporte, evitando que en estos casos recaiga sobre el comprador en el momento de la entrega de la cosa al transportista, siendo por tanto ambos regímenes perfectamente compatibles y coherentes entre sí. Como hemos visto, el vendedor responde de las faltas de conformidad originarias, quedando exonerado de aquellas otras que se produzcan en el bien de manera sobrevenida y que tienen su causa en circunstancias que acontecen después de la entrega y que escapan del control del vendedor. En efecto, como pone de manifiesto OLIVA BLÁZQUEZ, la explicación de la norma es obvia, en cuanto que el vendedor puede hacerse cargo de los defectos originarios que se produjeron mientras los bienes se encontraban bajo su ámbito de control, pero no de los que tuvieron lugar con posterioridad y una vez que el producto abandonó su esfera de supervisión y

²⁸ MARÍN LÓPEZ, Javier, «Artículo 114. Principios generales», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Dykinson, Pamplona, 2015, p. 1663.

²⁹ En efecto, como pone de manifiesto MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Civitas, Pamplona, 2006, p. 116, con este nuevo sistema (refiriéndose al sistema de remedios de la compraventa de consumo) «constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor [...]. Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento». También, FENOY PICÓN, Nieves, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI (2013), nº 2, p. 817, «si esta responsabilidad objetiva ha de apreciarse en el momento de la entrega material del producto, estamos incorporando a la obligación del vendedor, de entregar un producto conforme con el contrato, el tradicional problema de quien (vendedor o comprador) asume el riesgo del deterioro del producto que tiene lugar entre el momento de la perfección de la compraventa y el de su entrega (lo cual, se ha dicho, ha de incluir además al supuesto de la pérdida del producto)». TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad (hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII (2014), nº 1, p. 152.

responsabilidad³⁰. En este sentido, creemos que la regla del art. 66 ter TRLGDCU resulta sin duda necesaria en orden a imputar el riesgo al vendedor hasta la posesión material de la cosa por parte del comprador en este tipo de compraventa, pues si el vendedor entrega la cosa al transportista y ésta es conforme con el contrato de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 116 TRLGDCU, podría interpretarse que él ya ha cumplido con su obligación y, por tanto, a partir de ese momento es el consumidor el que debe asumir las consecuencias derivadas de un evento fortuito ocurrido durante el transporte³¹. Con este precepto se elimina cualquier duda al respecto, imputándose el riesgo al profesional hasta la entrega material del bien, en los términos que veremos a continuación.

3.2. La transmisión del riesgo en los contratos a distancia con transporte de mercancías: la incidencia del régimen jurídico del derecho de desistimiento en la transmisión del riesgo al adquirente consumidor

Como sabemos, el TRLGDCU reconoce el derecho de desistimiento de consumidor para los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil (art. 102 TRLGDCU). Sin perjuicio de la regulación específica que sobre el mismo se establece en cada uno de los supuestos, la regulación general de esta facultad del consumidor se halla en los arts. 68 a 79 TRLGDCU. Esta facultad puede incidir en la regulación contenida en el art. 66 ter TRLGDCU teniendo en cuenta que es un supuesto bastante habitual en la práctica la realización de un contrato a distancia que obligue, además, al transporte del bien adquirido. Ello determina la aplicación de ambos regímenes jurídicos. En este caso, el consumidor goza de un derecho de desistimiento y, asimismo, según dispone el art. 66 ter TRLGDCU, se le transmite el riesgo de la pérdida fortuita cuándo éste haya adquirido la posesión material del bien.

Por un lado, el derecho de desistimiento del que es titular el consumidor determina, como sabemos, que puede dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin

³⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, op. cit., p. 376. TORRELLÉS TORREA, «Artículo 114. Principios generales», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, op.cit., p. 1061. También, MARÍN LÓPEZ, «Artículo 114. Principios generales», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., pp. 1658-1659 determina que el vendedor sólo responde de los defectos que se conecten con su actividad, es decir, de las faltas de conformidad que tengan su origen en un momento en el que el bien estaba bajo su control. De esta forma, de los defectos que surjan después de este momento ya no responde al no estar el bien en su ámbito de control.

³¹ También CARRASCO PERERA, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», op. cit., p. 45 opina que, si no existiera la regla del art. 66 ter, tanto en la venta de bienes determinados por su género como en la venta de cosa específica, el riesgo lo asumiría el consumidor en el momento en el que el bien es entregado al transportista.

necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase (art. 68.1 TRLGDCU). Se concibe, pues, como un instrumento de protección del consumidor para determinadas clases de contratos, que tiene como finalidad ofrecerle la posibilidad de evaluar y reconsiderar las obligaciones del acuerdo celebrado³². En lo que aquí interesa, debemos destacar que el consumidor tiene un plazo de 14 días naturales para su ejercicio (art. 71.1 TRLGDCU) y que, ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil. En efecto, una vez ejercitada esta facultad por parte del consumidor, el empresario deberá restituir el dinero recibido y el consumidor la prestación, de tal forma que lo que se pretende es colocar a las partes en la misma posición que tendrían de no haberse celebrado el contrato³³.

No obstante, el art. 75 TRLGDCU consagra el derecho de desistimiento, aunque el consumidor no pueda devolver la prestación recibida. En efecto, 75.1 TRLGDCU dispone que la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste. Por tanto, si la pérdida o deterioro se produce de forma fortuita, el consumidor podrá desistir el contrato sin tener que abonar el valor del bien (recuperando las sumas entregadas al empresario), ni devolverlo, durante 14 días naturales desde la recepción del mismo³⁴.

En definitiva, en estos casos nos encontramos con una regulación, la del art. 66 ter TRLGDCU que imputa el riesgo al comprador desde la recepción del bien, lo que determina que a partir de ese momento deberá pagar el precio del mismo aunque el bien se destruya o deteriore por causas ajenas al mismo y, por otro lado, la regulación del art. 75.1 que le da derecho a desistirse del contrato en cualquier caso y, por ende, a la restitución del precio por parte del empresario aunque no pueda devolver el bien, ni deba abonar su valor, porque la pérdida se debió a un hecho a él no imputable. Si bien es cierto que no se pretende con esta regulación dar respuesta al debatido tema de los riesgos, también lo es, como afirma GARCÍA VICENTE, que conforme a la misma, el riesgo

³² GARCÍA VICENTE, José Ramón, MINERO ALEJANDRE, Gema, «Artículo 68: contenido y régimen del derecho de desistimiento», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 976.

³³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Art. 74. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento», en Cámara Lapuente, Sergio (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 661. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA, «El contrato de compraventa (5): la compraventa celebrada fuera de los establecimientos comerciales», *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, op. cit., p. 545.

³⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, «Art. 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, op. cit., p. 667.

de pérdida o destrucción fortuita se asigna al empresario en contradicción con las reglas comunes y una sensata distribución de los riesgos³⁵. En cualquier caso, en virtud del art. 1183 del Código Civil, será el consumidor el que deba acreditar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor para liberarse de su obligación de restitución al menos del equivalente pecuniario³⁶.

Por su parte, el art. 66 ter regula un supuesto concreto cual es el de la transmisión del riesgo desde la perfección del contrato de compraventa hasta la entrega del bien, cuando éste debe transportarse al lugar designado por el consumidor. En muchos casos, el régimen jurídico contenido en el precepto se verá superado por la regulación del derecho de desistimiento que resulta mucho más protectora para los intereses del consumidor pues, a efectos prácticos, imputa el riesgo por pérdida o destrucción fortuita de la cosa al empresario hasta pasados 14 días naturales desde la recepción del bien.

En definitiva, podemos concluir que en las ventas con transporte del bien no resultará aplicable el art. 66 ter cuando éstas se hayan perfeccionado a distancia o fuera del establecimiento mercantil³⁷. No obstante, también existen supuestos en los que el consumidor adquiere la cosa en el establecimiento del vendedor, perfeccionándose en ese momento el contrato, obligándose el empresario a entregar el bien en el lugar designado mediante el transporte el mismo. Así, por ejemplo, en las ventas por catálogo hechas en el propio local comercial³⁸. Es en estos casos para los que se aplica exclusivamente el régimen de los riesgos contenido en el art. 66 ter TRLGDCU, pues en ellos el adquirente no tendrá derecho a desistir del contrato, asumiendo por tanto el riesgo desde la entrega en los términos que veremos a continuación.

3.3. *Los riesgos en la compraventa de consumo tras la reforma de 2014: art. 66 ter TRLGDCU*

³⁵ GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El régimen jurídico del derecho de desistimiento», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Tratado de contratos. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1506. También, DOMÍNGUEZ LUELMO, «Art. 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, op. cit., p. 667. GARCÍA VICENTE y MINERO ALEJANDRE, «Artículo 68: contenido y régimen del derecho de desistimiento», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 1006.

³⁶ GARCÍA VICENTE y MINERO ALEJANDRE, *Idem*.

³⁷ En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», op. cit., p. 46, establece que «si el comprador no dispone por ley de un derecho de desistimiento, el riesgo de pérdida o deterioro subsiguiente a la entrega es suyo propio; no puede resolver el contrato, no puede pedir reparación ni sustitución ni rebaja del precio. En cambio, si estuviera legitimado para desistir del contrato en los términos legales (venta a distancia o fuera del establecimiento), el riesgo de la restitución sería soportado por el vendedor en los términos del art. 75.1 de la Ley».

³⁸ LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Artículo 66 ter. Transmisión del riesgo», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 933.

El art. 66 ter TRLGDCU regula la transmisión de los riesgos al consumidor en las compraventas con transporte del bien siempre que, como hemos visto, no se trate de un supuesto en el que se reconozca al consumidor un derecho de desistimiento. En el precepto se distinguen dos supuestos diferentes, determinándose en cada uno de ellos en qué momento asume el comprador el riesgo por pérdida o deterioro fortuito de la cosa.

En primer lugar, se dispone que en los casos en los que el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material.

En segundo lugar, si es el consumidor el que encarga el transporte de los bienes o el transportista elegido por éste no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste.

3.3.1. La transmisión del riesgo en las ventas indirectas

El régimen jurídico del art. 66 ter TRLGDCU se aplica a aquellos contratos en los que el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, siempre y cuando no se trate de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil.

El primer supuesto que plantea la norma es aquel en el que el vendedor se encarga del transporte del bien. En este caso, el riesgo se transmite con la posesión material del producto por el propio consumidor o por un tercero indicado por él. Antes que nada, conviene aclarar que rige esta regla para los casos en los que el consumidor haya elegido uno de los transportistas propuestos por el vendedor al realizar el contrato. Ello puede deducirse de la interpretación *sensu contrario* del párrafo segundo del precepto, que dispone que el riesgo se transmite al comprador con la entrega al transportista en los casos en los que éste (el transportista) no estuviera entre los propuestos por el empresario.

En estos casos, por tanto, el riesgo por pérdida o deterioro fortuito de la cosa se transmite con la toma de posesión efectiva del bien. En nuestra opinión, esta norma resulta coherente con la lógica propia del tráfico jurídico actual y con lo que, sin duda, se considera socialmente justo, al menos en el ámbito de las relaciones de consumo en el que se ubica el precepto. En primer lugar, la norma exige que el consumidor haya elegido el medio de transporte propuesto por el propio vendedor. En efecto, es éste el que mediante su propia flota o concertando el transporte con distintos profesionales mantiene el control sobre el bien hasta su entrega, lo que justifica la norma en cuestión. Además, precisamente por ello, será el vendedor el que se encargue de contratar un seguro que responderá frente a cualquier evento que se produzca durante el envío del producto. En segundo lugar, creemos que esta regulación es la que resulta coherente de

acuerdo con la lógica que impera en el denominado Derecho de los consumidores en la que, como es sabido, se trata de proteger a la parte más débil. En definitiva, la cosa viaja a riesgo del vendedor. Con ello, se trata de evitar que el comprador cargue con riesgos que son imprevisibles, riesgos que no ha asegurado o sobre los que no puede desarrollar un deber de cuidado por no tener el control de la cosa³⁹.

Respecto a los elementos o presupuestos de la norma, en primer lugar, podemos observar que no es suficiente con la puesta a disposición del bien por parte del vendedor, si no que se exige la entrega material del mismo o bien al propio consumidor o bien a un tercero por él indicado. De esta forma, la tradición instrumental o simbólica del bien no determina el traspaso del riesgo si no que hace falta que se produzca el traslado material del mismo. Sobre esta cuestión, estamos de acuerdo con ORTÍ VALLEJO cuando establece que no serviría que, en ausencia del consumidor, el transportista entregue la cosa a un vecino del mismo, por ejemplo. No obstante, como manifiesta el autor citado, sí debe entenderse que ha habido entrega material cuando se realice a las personas que se encuentren en el lugar designado. Así, por ejemplo, a cualquier familiar del consumidor que conviva con él si la entrega ha de realizarse en su domicilio o a un compañero si se realiza en el lugar de trabajo⁴⁰. Por tanto, el traslado posesorio de la cosa al comprador o al círculo por él indicado es el momento establecido por la Ley a partir del cual el comprador asume las consecuencias que accidentalmente puedan dañar la cosa.

En segundo lugar, el precepto parece exigir que sea el vendedor el que organice el transporte, o bien mediante su propia flota o bien encargándolo a un tercero. Este será, sin duda, el supuesto más habitual en la práctica cuando se trate de bienes que sean difícilmente manejables y que, en consecuencia, necesiten ser transportados con medios y personas especialmente dotados para ello. Pensemos, por ejemplo, en muebles de decoración o determinados electrodomésticos. Como se ha puesto de manifiesto, en estos casos no puede entenderse que el transporte ha sido encargado por el comprador pues la naturaleza del bien le fuerza a contratar este servicio⁴¹.

Debemos cuestionarnos, sin embargo, qué ocurre cuando se trata de bienes que normalmente se entregan al comprador en el establecimiento y, sin embargo, éste manda su transporte a un lugar diferente. El art. 66 ter TRLGDCU dispone que en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes, el riesgo lo asuma éste desde su entrega al transportista. En consecuencia, podríamos interpretar que en este caso estamos ante la excepción contemplada en el propio precepto. No obstante, en nuestra opinión, la propia fundamentación de la norma y su finalidad debe

³⁹ LÓPEZ MAZA, *Ibidem*, p. 935.

⁴⁰ ORTÍ VALLEJO, «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 144.

⁴¹ LÓPEZ MAZA, «Artículo 66 ter. Transmisión del riesgo», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 939.

llevarnos a una interpretación más protectora de los intereses del consumidor, en el sentido de que con encargo de transporte ha de entenderse que sea el consumidor el que mande, por un lado y organice, por otro, el envío del producto. En efecto, es en este caso en el que el comprador asume el control de la cosa encargándole a un tercero que se la entregue en el lugar designado. No obstante, si el vendedor es el que ofrece esta posibilidad y es el encargado de llevar a cabo el envío (por sí mismo o por un tercero) debe asumir el riesgo pues la cosa sigue bajo su control⁴².

Por supuesto, en estos casos es completamente indiferente quién asume el pago del transporte. Efectivamente, en muchos casos se imputará el precio del mismo al consumidor sin que ello pueda ser una prueba para argumentar que es éste el que lo organiza, siempre que el vendedor haya ofrecido esta posibilidad al consumidor y se encargue él mismo de realizarla.

Por último, debemos señalar que esta norma es de carácter imperativo, de tal forma que no cabe su derogación por voluntad de las partes, salvo que la regulación contractual que la sustituya sea más favorable para el consumidor, por ejemplo, asumiendo el riesgo el vendedor también en los casos en los que el comprador organice el transporte.

3.3.2. Excepción: elección del transporte por el consumidor

La propia norma contenida en el art. 66 ter TRLGDCU contiene una excepción al principio de entrega como instante a partir del cual el comprador asume las consecuencias de una pérdida o deterioro fortuito de la cosa. Esta excepción se produce cuando el consumidor se haya hecho cargo del transporte de la cosa o el transportista elegido no esté entre los propuestos por el empresario. En este caso, establece el precepto que el riesgo se transmitirá al comprador con la entrega de los bienes al transportista. Tampoco en este supuesto, por tanto, se acoge la regla de la perfección del contrato del art. 1452 del Código Civil, pues es necesario que el vendedor haya entregado la cosa al encargado de transportarla.

Debemos plantearnos, entonces, cuándo debe entenderse encargado el transporte por parte del consumidor.

En primer lugar, como ya establecimos en el apartado anterior, si el bien de que se trata necesita por su propia naturaleza el transporte hasta el lugar indicado por el consumidor, ha de interpretarse que el traslado del mismo resulta esencial para satisfacer su interés en el contrato y, por tanto, es el vendedor el que se encarga del mismo.

⁴² En contra de esta interpretación, LÓPEZ MAZA, *Idem*, que opina que encarga el transporte el comprador «cuando solicita al vendedor que le lleve la cosa a casa, haciendo uso de un servicio que le ofrece éste, ya sea gratuito o no. Esto es así cuando se trate de bienes que normalmente se recogen y reciben por el comprador en el establecimiento del vendedor, dado el tamaño o peso de los mismos».

En segundo lugar, como ya se ha indicado, la interpretación que defendemos del precepto es aquella que resulta más protectora del interés del consumidor, de forma que hacerse cargo del transporte implica, en nuestra opinión, mandar y organizar, con sus propios medios, el mismo. En efecto, en este caso el consumidor debe asumir las consecuencias de su elección, sea ésta la de transportar el bien desde el establecimiento del vendedor al lugar designado o la de elegir un transportista diferente a los propuestos. En estos supuestos, será él mismo parte del contrato de transporte y, por tanto, podrá exigir en su caso la responsabilidad que corresponda al transportista.

En definitiva, el hacerse cargo del transporte del bien exige que sea el consumidor el que promueva y organice el mismo desde el establecimiento del vendedor hasta el lugar indicado por éste. En nuestra opinión, es en estos supuestos en los que el consumidor adquiere al control del bien, en este caso a través de un tercero, debiendo en consecuencia asumir cualquier contingencia que pueda ocurrir durante el envío.

3.3.3. Un supuesto no contemplado en la norma: la *mora creditoris*

Por último, debemos plantearnos qué ocurre cuando, fijándose una fecha de entrega del producto, no se halle el comprador en el lugar designado y, por tanto, no pueda efectuarse la transmisión. Conviene determinar qué efectos puede tener dicha situación en cuanto a los riesgos asumidos por las partes, pues parece a todas luces injusto que el vendedor deba soportarlos indefinidamente, aun en los casos en los que no puede realizarse el cumplimiento por la falta de colaboración del consumidor⁴³.

Precisamente, se ha establecido que una de las consecuencias de la constitución en mora del acreedor es la asunción del riesgo por caso fortuito. En efecto, si bien es cierto que nuestro Código Civil no contiene una regulación exhaustiva sobre la mora del acreedor, limitándose a regular el denominado pago por consignación como forma de liberar al deudor cuando no puede realizar la prestación por causas ajenas a su voluntad (arts. 1176 y siguientes CC), la doctrina ha determinado que, entre otros efectos, en esta

⁴³ Este supuesto sí estaba contemplado en el art. 23.2 de la Propuesta de Directiva de 2008 estableciéndose que: «El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes». El deber del comprador de recibir la cosa se regula expresamente en la Convención de Viena, como una de las obligaciones principales del comprador. Así, el art. 53 dispone que: «El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención» y el art. 60 concreta esta obligación estableciendo que «La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) en hacerse cargo de las mercaderías». También el art. IV.A.-5:103 (2) DCFR establece expresamente que no será aplicable la regla de la transmisión con la posesión del bien, «si el comprador ha incumplido la obligación de aceptar las mercancías y el incumplimiento no es excusable...». En este caso, como pone de manifiesto SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Libro IV. Parte A. Capítulo 5. Transmisión del riesgo», *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco común de Referencia. Tomo II*, op. cit., p. 942, «se entiende que los riesgos los asumió desde el momento en que estando los bienes a su disposición y teniendo conocimiento de tal circunstancia, debía haber tomado posesión de los mismos».

situación ha de ser el acreedor el que asuma el riesgo en el caso de pérdida o deterioro fortuito de la cosa a entregar. Así se establece expresamente en el art. 1452 del Código Civil, párrafo tercero al determinar que, para la compraventa de cosa genérica, el riesgo lo soporta el comprador desde la especificación o desde que haya incurrido en *mora accipiendi*. Del mismo modo, en el art. 1590 del Código Civil, en sede de contrato de obra, se imputa el riesgo al encargado de realizarla de forma que:

«no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño».

Este efecto, puede asimismo interpretarse por equidad con los artículos 1096.3 y 1182 del Código Civil que, como sabemos, imputan el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa al deudor cuándo éste incurre en *mora*⁴⁴.

En nuestro caso, son muchas las situaciones que pueden darse en el momento en que se ha de entregar el bien. Así, por ejemplo, puede ocurrir que los contratantes hayan fijado una fecha y hora determinada y el consumidor no se encuentre en el lugar designado a tal fin. Asimismo, es habitual que el comerciante determine una fecha aproximada de entrega, sin concretar el día ni la hora. O incluso que se determine expresamente el día y no la hora de entrega. En el supuesto que nos planteamos, este es, el de imposibilidad de entrega por falta de colaboración del consumidor, se han de concretar los presupuestos que han de darse en su caso para invertir la regla del art. 66 ter TRLGDCU.

En primer lugar, entendemos que es necesario que, o bien en el momento de perfección del contrato, o bien en un momento posterior, se haya fijado una fecha y hora de entrega. En efecto, el consumidor soporta, sin duda, la carga de colaborar para que pueda realizarse el cumplimiento, pero ello no puede determinar la obligación de estar en el sitio designado indefinidamente⁴⁵. Así, es posible, por ejemplo, que sea el propio transportista el que se comunique con el consumidor para concretarlo.

En segundo lugar, si fijada la fecha, lugar y hora (al menos aproximada) de entrega, el transportista no puede hacerlo por no encontrarse nadie para recibir el bien,

⁴⁴ También en los textos unificadores del Derecho de contratos se impone la obligación del acreedor de cooperar para el cumplimiento de la obligación. Así, art. IV.A.-3:101 DCFR, en sede de compraventa, determina que las obligaciones principales del comprador son: (a) pagar el precio; (b) recibir los bienes; (c) recibir los documentos representativos o relativos a los bienes tal y como lo requiera el contrato. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Ibidem*, p. 865. Por su parte, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se dispone en el artículo 1:202 que «cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos».

⁴⁵ De la misma opinión, CARRASCO PERERA, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», op. cit., p. 47. TOMÁS MARTÍNEZ, «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad (hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea)», op. cit., p. 157.

entendemos que ya en este momento el deudor ha hecho todo lo que está en su mano para ejecutar la prestación, no pudiendo realizarla por falta de cooperación del acreedor de la misma, constituyéndose por tanto en *mora accipiendi*, teniendo en cuenta, además, que no es necesario para constituir en mora al acreedor su culpa o negligencia, bastando su falta de colaboración cuando ésta es necesaria para el cumplimiento de la obligación⁴⁶.

En efecto, aunque en la aplicación de la norma ha de prevalecer el principio *pro consumatore*, no se deben amparar aquellas situaciones en las que el consumidor no observa el deber de cooperación necesario para que el profesional pueda cumplir con su obligación. Por ello, entendemos que desde el momento en que la entrega debió efectuarse y no se logró por falta de colaboración del consumidor, éste asume el riesgo por pérdida o deterioro fortuito, debiendo en consecuencia pagar el precio al vendedor. Lo habitual en este caso es que el vendedor o el transportista se pongan en contacto con el comprador para intentar de nuevo la entrega, o indicarle el lugar al que debe acudir para recogerla. En cualquier caso, la cosa se encuentra ya en ese momento a su disposición, invirtiéndose, como hemos establecido, la regla del art. 66 ter TRLGDCU⁴⁷.

3.3.4. Efectos de la asunción del riesgo por el vendedor en las ventas indirectas

Una vez analizados los distintos supuestos contemplados en el art. 66 ter TRLGDCU, debemos determinar cuáles son los efectos para el caso de que ocurra cualquier contingencia durante el transporte que provoque la pérdida o menoscabo de la cosa objeto del contrato. Como ya hemos visto, el vendedor asume el riesgo excepto en dos supuestos, estos son, que el consumidor organice el transporte en los términos establecidos en el precepto o que éste incurra en mora al recibir el bien. Fuera de estos casos, es el profesional el que asume las consecuencias de los eventos que ocurran durante el envío, lo que determina, fundamentalmente, que éste perderá a la vez la cosa y el precio, que no podrá cobrar o deberá devolver⁴⁸.

Sin embargo, queda por determinar si, en este caso, el consumidor puede ejercitar los remedios regulados en los arts. 114 y siguientes TRLGDCU, es decir, si puede exigir la reparación o sustitución del bien o, incluso, exigirlo el vendedor, que en muchos casos preferirá asumir dicho coste antes que la resolución del contrato.

⁴⁶ Véase, entre otros, LACRUZ BERDEJO, José Luís, SANCHO REBULLIDA, Francisco, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen I. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 185.

⁴⁷ De la misma opinión, LÓPEZ MAZA, «Artículo 66 ter. Transmisión del riesgo», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p.939.

⁴⁸ CARRASCO PERERA, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», op. cit., p. 44.

En nuestra opinión, el régimen contenido en dichos preceptos resulta aplicable al supuesto en cuestión ya que el vendedor en este caso responde por cualquier falta de conformidad que se produzca hasta la entrega material de la cosa al comprador. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, la finalidad del art. 114 TRLGDCU es la de hacer responsable al vendedor por los defectos que se conecten con su actividad, y que tengan su origen en un momento en el que el bien estaba bajo su control⁴⁹. En este sentido, la regla del art. 66 ter TRLGDCU está dirigida a ampliar el ámbito temporal y espacial en los que el vendedor asume las consecuencias por una falta de conformidad del bien, de forma que llegue hasta la posesión material del mismo por el consumidor y no se detenga con su entrega al transportista. Por ello, se aplicarán las reglas generales del incumplimiento contractual de las ventas de consumo, que se encuentran en los arts. 114 y siguientes TRLGDCU, para el caso en que efectivamente se deteriore o perezca la cosa durante su transporte⁵⁰.

Podemos entonces establecer que el consumidor podrá (y deberá) optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada (art. 119 TRLGDCU). Cuando dichos remedios no sean posibles o no se hubiesen llevado a cabo en un plazo razonable por el vendedor, el consumidor podrá elegir entre la rebaja del precio (que de acuerdo con el art. 122 TRLGDCU, será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega) o la resolución del contrato (art.121 TRLGDCU)⁵¹.

Por último, dispone el art. 117 TRLGDCU que el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios, siempre por supuesto que pruebe la existencia de los mismos (pues éstos no se presumen), así como la relación de causalidad con la falta de conformidad y su previsibilidad.

⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 114. Principios generales», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 1658.

⁵⁰ También considera aplicable el régimen de saneamiento contenido en el TRLGDCU TUR FAÚNDEZ, «La obligación de entrega de los bienes y la transmisión del riesgo en la compraventa de consumo», op. cit., p. 9.

⁵¹ Estos remedios puestos a disposición del consumidor se hallan jerarquizados. En primer lugar, el consumidor debe optar por la reparación o sustitución, siendo la resolución y la rebaja del precio remedios subsidiarios (art. 121 TRLGDCU). Como ha puesto de manifiesto TORRELLES TORREA, «Artículo 118», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, op. cit., p. 1086, se observa la preferencia del legislador por mantener el contrato (*favor contractus*), lo que claramente protege al vendedor, aunque al mismo tiempo protege al consumidor en cuanto que puede conseguir aquello que contrató. En este sentido, establece OLIVA BLÁZQUEZ, «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, op. cit., p. 381, que el consumidor debe intentar, ante todo, reparar o sustituir el producto y, sólo subsidiariamente, puede solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato.

4. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la cuestión de los riesgos por pérdida o deterioro fortuito de la cosa se encuentra regulada en un régimen disperso y de difícil interpretación y encaje.

Por un lado, la regulación contenida en el Código Civil que, como ya indicamos, consagra la regla *periculum est emptoris* (art. 1452 CC) siguiendo la interpretación de la doctrina mayoritaria. Por otro lado, la regla contenida en el Código de Comercio que determina que la pérdida o deterioro de la cosa será de cuenta del vendedor hasta la entrega o puesta a disposición de la cosa al comprador. Por último, la regulación del TRLGDCU que regula un supuesto concreto de compraventa con transporte del bien. Además, en opinión de algunos autores, también deben incluirse en este supuesto la regulación de las faltas de conformidad de los bienes regulada en el TRLGDCU. A todo ello debe unirse que la tendencia actual es la de unificar el concepto de incumplimiento, abarcando éste todos los supuestos en los que el deudor no realiza prestación, regulándose los remedios del acreedor en función de si el incumplimiento es o no imputable⁵². En este caso, cualquier falta de entrega por parte del vendedor al comprador puede ser también considerada como un supuesto de incumplimiento, solapándose por tanto los dos casos, el de la transmisión del riesgo y el de la responsabilidad contractual.

En nuestra opinión, la cuestión de los riesgos en la compraventa consiste, al fin y al cabo, en diferenciar entre los supuestos en los que efectivamente el riesgo de la pérdida o menoscabo fortuito de la cosa vendida los soporta el comprador, de aquellos en los que existe un incumplimiento, en su sentido unitario y objetivo, del vendedor⁵³.

En este sentido, podemos diferenciar básicamente entre dos supuestos diferentes. En primer lugar, cuando el riesgo lo soporta el comprador, *stricto sensu*, es decir, los casos en los que, a pesar de no recibir el bien, tendrá que pagar el precio (1452 CC). En segundo lugar, respecto a la regla *periculum est venditoris*, en realidad lo que se regula es un supuesto concreto de incumplimiento del vendedor y, en atención a los criterios de imputabilidad establecidos para el caso concreto, se pondrán en marcha unos remedios u otros a favor del comprador.

En definitiva, existe asunción de riesgo cuando dañada o desaparecida la cosa que ha de entregarse, el comprador no puede ejercitar ningún remedio y, además, debe pagar el precio de la misma. Planteada así la cuestión, la regla *periculum est emptoris* del art. 1452 del Código Civil supone una excepción al principio general consagrado en el art. 1124 para las obligaciones sinalagmáticas, tal y como ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país⁵⁴.

⁵² Véase, por todos, MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, op. cit., pp. 56-57.

⁵³ Seguimos en esta idea a MORALES MORENO, *Ibidem*, p. 116.

⁵⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1452», *Comentario del Código Civil. Tomo II*, op. cit. p. 896.

Se ha puesto de manifiesto que el fundamento de esta excepción puede encontrarse en que perfeccionado el contrato e individualizada la cosa, se presume, salvo pacto en contrario, que ésta se encuentra a disposición del comprador y que, por tanto, si no la retira, es porque no quiere o no le conviene, y es por ello que sólo a él debe imputarse las consecuencias de esta dilación. En cualquier caso, entendemos que la norma contenida en dicho precepto es de derecho excepcional y, por tanto, debe interpretarse de forma restrictiva⁵⁵. En efecto, además del art. 1124 del Código Civil que es, como sabemos de carácter general, existen otros preceptos que consagran para contratos sinalágmaticos la regla contraria. Así, como ya se ha indicado, para el contrato de obra (art. 1589 CC), para los censos (art. 1625 CC) o para el contrato de arrendamiento de cosa (art. 1568 CC)⁵⁶. Lo coherente en nuestro sistema sería, por tanto, que el comprador asumiera el riesgo desde que la cosa es entregada al mismo, esto es, desde que el vendedor cumple con su obligación. No obstante, como hemos visto, en este caso el legislador ha fijado este momento en un hecho anterior por distintas razones⁵⁷.

En concreto, en las compraventas de consumo, la regulación del riesgo del incumplimiento es la siguiente.

En primer lugar, en los casos de venta directa, es decir, sin necesidad de transportar el bien, el vendedor responde por cualquier falta de conformidad de éste respecto de lo establecido en el contrato. En efecto, según el régimen jurídico contenido en los arts. 114 y siguientes TRLGDCU, el vendedor responderá de todos los defectos que tenga el objeto entregado sin distinguir la causa que haya provocado el mismo. En definitiva, se consagra un sistema de responsabilidad objetiva frente al consumidor, que podrá poner en marcha los remedios establecidos en la Ley, con los límites establecidos en la misma. El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en que, hasta el momento de la entrega, el bien está bajo el control del vendedor y es por ello que es él quien debe asumir las consecuencias del incumplimiento. Es, además, bastante habitual que el comerciante cuente con un seguro que financie todos los gastos derivados de cualquier contingencia que ocurra en su establecimiento, lo que determina que esta regla sea la más acorde con la realidad comercial pues, sin duda, el coste del seguro será imputado al consumidor en el propio precio del bien.

En segundo lugar, el TRLGDCU regula el supuesto concreto de venta indirecta en el que el problema de la transmisión del riesgo no puede resolverse de acuerdo con la lógica del control de los bienes, pues el vendedor pierde este control desde que los entrega al transportista. Por ello, el art. 66 ter TRLGDCU amplía el ámbito de la responsabilidad del vendedor en estos casos, estableciendo que asumirá el riesgo hasta el momento de la

⁵⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ, *Idem.*, p.898.

⁵⁶ COSSIO, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», op. cit., p. 368.

⁵⁷ ORTÍ VALLEJO, «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, op. cit., p. 155.

entrega material del bien al contratante o a una persona por él designada. Se consagra, pues, para las ventas con transporte del bien, un sistema claramente protector de los intereses del consumidor, en coherencia con los principios que inspiran este sector del ordenamiento.

Por último, si la venta se ha perfeccionado a distancia o fuera del establecimiento mercantil, el consumidor tendrá la facultad de desistir del contrato, durante 14 días naturales desde la recepción del bien, aunque no pueda restituirlo, ni deba abonar su valor porque la pérdida se debió a un hecho a él no imputable. En esta norma sí se consagra, como vemos, la regla *pericuplum est venditoris* pues el vendedor se quedará sin la cosa y sin el precio a pesar de haber cumplido con su obligación de entrega.

Este es, por tanto, el panorama legislativo de la cuestión de los riesgos de acuerdo con las reglas generales y las del TRLGDCU.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La atribución del riesgo al comprador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Bosh, Barcelona, 2011.

ALCOVER GARAU, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Civitas, Madrid, 1991.

ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Genus numquam perit», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35(1982), núm. 2, pp. 291-356.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Comentario a los arts. 66 a 70 de la Convención de Viena», en Díez- Picazo, Luís (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 514-559.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 9, (2014), pp. 33-48. Disponible en w.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/468 [Consulta: 9 julio 2016].

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Los riesgos en la compraventa: *periculum est emptoris*, *genus numquam perit* y sinalagma contractual», en Carrasco Perera, Ángel (director), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitzs. Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1687-1698.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, «El contrato de compraventa (1)», en Yzquierdo Tolsada, Mariano (director), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 31-212.

COSSIO, Alfonso de, «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *Revista de Derecho Privado*, núm. 326 (1944), pp. 598-621.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Derecho de desistimiento (artículos 68 a 79)», en Cámara Lapuente, Sergio (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 615-695.

FENOY PICÓN, Nieves, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI (2013), nº 2, pp. 717-836.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El régimen jurídico del derecho de desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (director), Moralejo Imbernon, Nieves y Quicios Molina, Susana (coordinadoras), *Tratado de contratos. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1629-1790.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, MINERO ALEJANDRE, Gema, «Artículo 68: contenido y régimen del derecho de desistimiento», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Dykinson, Pamplona, 2015, pp. 975-987.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luís, SANCHO REBULLIDA, Francisco, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen II. Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, Dykinson, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luís, SANCHO REBULLIDA, Francisco, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen I. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 2000.

LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Artículo 66 ter. Transmisión del riesgo», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Dykinson, Pamplona, 2015, pp. 932-942.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, «Artículo 1452», en AAVV., *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de justicia, 1991, Madrid, pp. 895-899.

MARÍN LÓPEZ, Javier, «Artículo 114. Principios generales», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Dykinson, Pamplona, 2015, pp. 1651-1724.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Civitas, Pamplona, 2006.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Passing of risk», en Plaza Penadés, Javier, Martínez Velencoso, Luz, M. (directores), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Valencia, 2014, pp. 183-205.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», en Yzquierdo Tolsada, Mariano (director), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 327-432.

ORTÍ VALLEJO, Antonio, «El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato», en AAVV., *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 137-147.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «Libro IV. Parte A. Capítulo 3. Obligaciones del comprador», en AAVV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco común de Referencia. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 865-898.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «Libro IV. Parte A. Capítulo 5. Transmisión del riesgo», en AAVV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco común de Referencia. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 929-961.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad (hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII (2014), nº 1, pp. 113-168.

TORRELLÉS TORREA, Esther, «Artículo 114. Principios generales», en Cámara Lapuente, Sergio (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1053-1063.

TUR FAÚNDEZ, María Néida, «La obligación de entrega de los bienes y la transmisión del riesgo en la compraventa de consumo», *La Ley Mercantil*, núm. 10 (2015), enero, 2015, pp. 34-45.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «El contrato de compraventa (5): la compraventa celebrada fuera de los establecimientos comerciales», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (director), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internaciones, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio (I)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 507-562.

Fecha de recepción: 26.11.2016

Fecha de aceptación: 22.03.2017