

El dolo en el saneamiento por vicios ocultos

MARIA ROSA LLACER MATA CAS

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Las distintas causas de imputación del «*id quod interest*» al vendedor, y su moderación.—3. La incardinación de la indemnización del «*id quod interest*» en las acciones de saneamiento.—4. La reticencia intencional. 4.1. La dualidad tradicional entre conocimiento e ignorancia del vicio. 4.2. La reticencia intencional como criterio de imputación del «*id quod interest*». 4.2.1. ¿Es dolo incidental? 4.2.2. El dolo causa de indemnización no es incumplimiento doloso de una obligación de manifestar los vicios. 4.2.3. La conducta dolosa contemplada por el Código. 4.2.4. La prestación del dolo en los contratos onerosos y gratuitos. 4.3. Dolo «*in contrahendo*» y acción «*quanti minoris*».—5. Culpa «*in contrahendo*» e indemnización del «*id quod interest*». 5.1. Planteamiento. 5.2. La doble ubicación de la culpa lata: su no formulación en relación al vendedor. 5.3. La «culpa *in contrahendo*» en el ámbito profesional: la prestación del «*id quod interest*» por el fabricante y el comerciante. 5.3.1. Su elaboración doctrinal. 5.3.2. La evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas: a) La imputación de responsabilidad al vendedor de buena fe. b) La responsabilidad del perito.

1. PLANTEAMIENTO

En relación a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la cosa defectuosa en el patrimonio del comprador, el artículo 1486,2 establece: «Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión». De dicho párrafo segundo se desprenden dos primeras constataciones. En primer lugar, el Código se está refiriendo a un dolo precontractual o dolo «*in contrahendo*», y no a otras posibles

formas o manifestaciones del dolo (dolo en el cumplimiento, o dolo en la conservación de la cosa). En segundo lugar, las consecuencias jurídicas del dolo consisten en la reparación de todos los daños y perjuicios sufridos por el comprador: así la responsabilidad del vendedor es radicalmente distinta en consideración a su situación subjetiva. Si ignoraba los vicios, esto es, si procedió de buena fe, sólo deberá los «gastos del contrato», junto con la restitución; si conocía los vicios, es decir, si obró de mala fe o dolosamente, deberá indemnizar todos los daños y perjuicios.

No hay pues término medio: el Código no contempla la figura del vendedor negligente, ni prevé una forma de indemnización matizada que admitiera el resarcimiento de los daños directamente causados por los defectos de la cosa, y excluyera los que no tuvieran relación con ésta. Ello no deja de ser chocante, en un sistema que tiene por objeto la protección del comprador, y sacrifica la buena fe del vendedor a la reparación del perjuicio objetivamente sufrido por el comprador (1). A la vez, el tema ha sido preocupante a efectos prácticos (al menos en España, hasta la promulgación de la ley de defensa de los consumidores, de 19 de julio de 1984), pues privaba a los compradores de una indemnización satisfactoria en el ámbito de la contratación moderna, para el que no estaba pensada la regulación del saneamiento. Ciñéndonos, como es el objeto de este trabajo, al saneamiento en el ámbito del Código, abordaremos el estudio de la indemnización de los daños y perjuicios. Defendemos una interpretación estricta, y tradicional, del párrafo segundo del art. 1486. Para ello son inevitables algunas referencias históricas.

2. LAS DISTINTAS CAUSAS DE IMPUTACION DEL «ID QUOD INTEREST» AL VENDEDOR, Y SU MODERACION

Para examinar las distintas formas de indemnización a las que podrá verse obligado el vendedor, nos centraremos en la reparación de los daños y perjuicios originados en la perfección y el cumplimiento del contrato.

El inicio de la moderna concepción del «id quod interest» y de lo que tiene que ser la limitación de la responsabilidad hay que situarla en Dumoulin. Cimentaremos nuestro estudio a partir de este autor hasta nuestros días, para delimitar las causas de imputación del interés en el ámbito del saneamiento por vicios ocultos (las recogidas por nuestro

(1) ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia 1974, pp. 241-242, nota 8.

Código; y las posibles, pero no recogidas), así como la extensión del «*id quod interest*» indemnizable (2).

A partir de Dumoulin, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Crea el concepto de «*casus interesse*» (cierto o incierto), superando la distinción entre contrato cierto e incierto (en función de los que se podía prestar el interés singular o sólo el común). «*Casus interesse*»

(2) El origen de la moderación del «*id quod interest*» se encuentra en el C.7.47, ley única. Aparecía como limitación de la indemnización del interés singular en los contratos ciertos. Destacamos los siguientes puntos:

a) *Contratos ciertos e inciertos*. Ver ODOFREDUS (*Insecundam Codicis partem*, Lugduni, 1552 —reproducción anastática, Bolonia 1969—) C. de sent. n.º 2: «*habet contractum certam naturam vel certam quantitatem. ut est cum vendis mihi domum tua pro centum*»; y BARTOLUS (*In secundam Codicis partem commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574) C. de sent. n.º 3 y 4: la certeza puede ser «*respecto sui*» (se conviene que se entregará una cosa determinada o genérica), o «*respecto adjuncti*» (los contratos correctivos o correlativos serán ciertos porque, aunque se convenga un *factum*, se tiene la referencia de en cuánto lo estiman las partes). El contrato incierto no permite valorar su cantidad o naturaleza (promesa de ir a Roma, o la misma promesa, a cambio de ir a París). En el mismo sentido véase ALBERICUS DE ROSATE (*In secundam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1585 —reproducción anastática, Bolonia, 1979—), *ibid.* n.º 11.

b) *Interés singular*. A diferenciar del «*conventum*» y del «*commune*» (ODOFREDUS n.º 8 princ.). El interés común es el que representa el precio de la cosa (así el precio pagado por la cosa que no se entrega): es la común apreciación de la cosa, en función de sus cualidades (IACOBUS DE ARENA *ibid.* n.º 3: «*communi pretio seu estimatione*»), o el daño estimado comúnmente (ALBERICUS *ibid.* n.º 5). El interés singular es el daño o pérdida que experimenta una persona determinada, y que puede exceder del común (ODOFREDUS *ibid.* n.º 8: «*est singulare interesse, quando plus interesse mea habere quam alterius*»; BARTOLUS *ibid.* n.º 7). Será mayor que el común en función de la afección («*interesse singulare esse dicitur nisi appetitatio rei supra commune modum seu valorem ex affectione petentis ad causam aliquam probabilem ratione concepta*» IACOBUS *ibid.* n.º 9).

c) *Límite al interés singular*: El interés singular puede exceder en mucho el interés común. El C. de sent. impone un límite para evitar que los daños y perjuicios se deban hasta el infinito («*nam potest esse quod istud singulare interesse excederet non solum duplum: imo vel quadruplum, vel decuplum: unde propter infinitatem vitandam lex voluit reformare quod non teneatur nisi usque ad duplum communis: sed ubi petitur interesse ex contractu incerto, id est qui non habet certam quantitatem vel naturam: ibi non est verisimile quod singulare interesse excedat commune.*» ODOFREDUS *ibid.* n.º 8; y n.º 5 y 6; BARTOLUS *ibid.* n.º 1). Esto es así porque el interés común o estimación de la cosa representa como mucho al *interés circa rem o intrínseco* (el que es consecuencia inmediata de la cosa: «*intrinsicum interesse debet dici illud, quod est ipsa res, seu eius aestimatio... Item illud quod est inmediate ex ipsa re ut fructus, & partis, & similia*» BARTOLUS *ibid.* número 13, 14 y 15; IACOBUS *ibid.* n.º 3 y 4; FUMEUS, A. *De eo quod interest*, Venetiis 1584, capítulo 3, n.º 22), mientras que el interés singular abarca el *interés extra rem* («*ea vero veniunt occasione rei, non ex ipsa re, debent dici extrinsecum*» BARTOLUS *ibid.* n.º 14; ALBERICUS *ibid.* n.º 18).

De modo que en los autores del Derecho común anteriores a DUMOULIN la limitación del C. de sent. recae sobre el interés singular (*extra rem*), y consiste en una moderación del interés hasta el duplo.

es la contingencia de la que nace la obligación de indemnizar, ya sea mora, culpa, contravención, evicción u otras circunstancias de las que puede nacer obligación de indemnizar (3).

b) *Todo interés es extrínseco* y se diferencia del precio, a la vez que rechaza el concepto de interés intrínseco (4): tanto el caso cierto como el incierto suponen la indemnización de un daño extrínseco, es decir que se sobrepone al precio (5).

c) *Limitación de la responsabilidad*. El «casus interesse» cierto se limitará al duplo del precio. Para Dumoulin es extrínseco por oposición al precio. Hay que tener en cuenta que Pothier, guarda una terminología quizá más acorde con la romana, pero que bajo ella está utilizando los conceptos de Dumoulin (6). Así:

— bajo la denominación de intereses «propter rem ipsam», en relación a la cosa, o intrínsecos (7), encontramos los que, con

d) *Moderación que no existe si la razón por la que se pide el «id quod interest» es el dolo* (ABERICUS *ibid.* n.º 19). Ejemplo: D.19,1,13 princ. y 1: el vendedor que entrega cosa viciosa conociendo el vicio responde siempre de todo el interés, mientras que el ignorante deberá sólo el quanto minus. En cambio, el que vende una cosa ajena, responde por la evicción, a pesar de su ignorancia, y deberá el interés extrínseco, pero no todo, sino limitado por la ley única del C. de sent.. (BARTOLUS *ibid.* n.º 19: «si vero agitur propter malefactum, & tunc aut fuit malefactum scienter, aut ignoranter. Si scientem, venit interesse extrinsecum (...) Si vero ignoranter, & tunc aut agitur contra aliquem qua res est evicta, & isto casu venit interesse extrinsecum, non tamen in totum, sed usque ad duplum pretii conventi (...)»). En cambio, si no se entrega lo que se debe, la ley 21,3 del D.19,1 entiende que se deberá el interés intrínseco (emplea la expresión «circa rem»). Así se diferencia el «non tradere» del «male tradere» (el male tradere o entregar cosa viciosa determina, en algunos casos la prestación del interés extrínseco, a pesar de la ignorancia del defecto; ODOFREDUS C. de sent. n.º 10; y ley Julianus, D. de act. empt. n.º 2 in fine; BARTOLUS C. de sent. n.º 19; ALBERICUS C. de sent. n.º 18). Sobre la interpretación del C. 7.47, véase LUPOLI, M., *Il dolo del debitore nel Diritto italiano e francese*, Milano, 1969, pp. 38-44.

(3) MOLINAEUS, C. *Tractatus de eo quod interest*, en *Omnia quae exstant opera*, T. III, París 1681, n.º 45, y n.º 41: «casus interesse in se, puta, mora, culpa, contraventio, evictio, vel alius eventus, ex quo obligatio ad interesse oritur & committitur, nullam de se habet certam quantitatem, vel naturam, cum de se incertus si & incerto consistat». Véase en el n.º 44 los requisitos para que se dé un caso cierto (en el mismo sentido, SCACCIA *Tractatus de commerciis et cambio*, Coloniae 1738, ap. VII, gl. VII, n.º 72):

1. prestación principal cierta (estimable comúnmente: es decir, se puede doblar).
2. existencia de casus interesse.
3. que el casus no tenga más objeto que una cosa con naturaleza cierta (supuesto de la mora, evicción). No así si su objeto supone la previsión de un daño en los demás bienes (n.º 48).

(4) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 11.

(5) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 68: la acción «ex empto» tiene dos objetos: «ad pretium» y «ad quod interest»; véase POTHIER, *vente* n.º 69 in fine.

(6) Véase LUPOLI, *ob. cit.* pp. 69-70.

(7) POTHIER, R.J., *Oeuvres de Pothier*, T.I.: *Traité des Obligations*, París, 1825 n.º 164.

Dumoulin, son generados por el casus (extrinsecus) certus. Cambio terminológico que quizá se explica por el respeto que Pothier guarda a la expresión del D.19,1,23,1 (8).

- la expresión interés extrínseco se reserva a lo que Dumoulin denomina casus (extrinsecus) incertus (9).

La limitación de la responsabilidad guarda relación con la previsibilidad del daño que marca la extensión de la obligación de indemnizar (10). La previsibilidad del daño varía en función del «casus interesse» y de la buena o mala fe. En general, es evidente que la obligación de indemnizar será más extensa en el deudor de mala fe (11). Son supuestos de imputación del interés al deudor no doloso:

- si el deudor es de buena fe: la *evicción* de una cosa que entregó creyendo que era suya (12).
- el deudor es negligente si comete *mora o culpa en la contratación* («engagement téméraire» o bien culpa por haberse puesto en imposibilidad de cumplir) (13).

El deudor de buena fe sólo puede haber previsto el perjuicio sufrido en relación con la cosa objeto de la obligación, pero no los perjuicios sufridos en los demás bienes (14). Limitación que en Pothier ya no se justifica con la aplicación del C.7,47, sino por un principio de equidad (15). Estos perjuicios consisten en el aumento en el precio de la cosa (16).

(8) POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 73. Queda pues eliminado el sentido de interés intrínseco como secuela o accesión a la cosa.

(9) POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 165; *Tr. vente* n.º 74.

(10) MOLINAEUS, n.º 5; DOMAT, JEAN, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, T. IV, París, 1822, tit. V, sect. II, n.º 4 y 8.

(11) DOMAT, n.º 8 cit..

(12) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 48; DOMAT, *Lois*, T. IV, tit. V, sect. II, n.º 8 y 10; POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161.

(13) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 160.

(14) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161 cit. «damni et interesse propter ipsam rem non habitam»; Oeuvres de Pothier contenant les traités de droit français (ed. M. Dupin), T. II, *Traité du contrat de vente*, París, 1827, n.º 70 y 72. Al respecto véase también LUPOL, *ob. cit.*, pp. 46-49.

(15) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 164 in fine.

(16) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161 «Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêt que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourroit souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution lui a occasionés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceus soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation»; *Tr. vente*, n.º 72. Observación: en el *Tr. vente*, n.º 71 se incluye en el resarcimiento «tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur outre le prix...tels que sont les frais de contrat, le centième denier, les profits payés aux seigneurs, les frais de voyage pour voir l'héritage. etc.»

Lo cierto es que en la mencionada culpa en la contratación, hallamos dos manifestaciones:

- culpa «in contrahendo» en relación al futuro cumplimiento. Determina la indemnización de los intereses ordinariamente previstos (17).
- culpa in contrahendo en relación al conocimiento de los defectos ocultos de la cosa que se predica del perito y del no perito. Determina la indemnización de los daños producidos en los demás bienes de quien recibe la cosa defectuosa (interés extrínseco) (18). Es una forma de reticencia que se asimila al dolo.

d) *El vendedor de mala fe responde de todo el interés* porque el dolo implica la previsión de todos los daños (19), con la única limitación que supone la relación de causalidad entre dolo y daño (20). El dolo también tiene dos manifestaciones:

- dolo «in contrahendo», cuyo ejemplo típico consiste en el conocimiento de los vicios por el vendedor (21).
- en el cumplimiento: no entrega dolosa (22).

3. LA INCARDINACION DE LA INDEMNIZACION DEL «ID QUOD INTEREST» EN LAS ACCIONES DE SANEAMIENTO

Dos son las posibles causas de imputación del interés al vendedor que entrega la cosa defectuosa:

(17) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 160: «Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation, soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il de pouvoit accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ces cas le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêt qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pouroit souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceus-ci».

(18) MOLINAEUS, *ob. cit.*, n.º 5 y 49; POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 163; *Tr. vente*, n.º 213 y 214.

(19) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 155; POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 166: «... sans qu'il y ait cas de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis: car celui qui commet un dol s'oblige, velit nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera»; *Tr. vente*, n.º 74.

(20) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 166 y 168

(21) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 166: «Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savoit être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion; car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage».

(22) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 169.

- si incurre en «dolo in contrahendo», en caso de conocer el vicio y no manifestarlo (arts. 1486,2; 1487; 1488).
- si se aprecia «culpa in contrahendo» o desconocimiento imputable del vicio. Este es un supuesto teóricamente posible y no desconocido por la doctrina histórica española, aunque no fue recogido en el Código civil.

En materia de vicios el vendedor nunca podrá responder únicamente del daño experimentado en relación a la cosa (es decir, previsible). La entrega de cosa defectuosa presupone el cumplimiento, y el vicio no puede imputarse a una negligencia en la conservación, ni en el cumplimiento de la obligación. El vendedor está obligado a entregar la cosa, y así lo hace en el día y lugar determinados. La aparición del vicio determina la posibilidad de ejercitar una normas causales (saneamiento por vicios ocultos) propias de todo contrato oneroso y de pedir el saneamiento. Este no responde a una especial configuración de la obligación de dar, ni puede constituir un incumplimiento (23).

El saneamiento por vicios ocultos sólo admite pues la responsabilidad por dolo precontractual. La indemnización es debida, no por aplicación de los arts. 1101 y 1107, que reflejarían el dolo en el cumplimiento de la obligación, sino por imperativo del art. 1486,2 (y art. 1487 y 1488) que, junto con el art. 1752, constituye la manifestación más clara del «dolo in contrahendo» en nuestro Código (24). La expresión «dolo in contrahendo» no debe entenderse referida al dolo en relación a las posibilidades de llevar a cabo un futuro cumplimiento (art. 1101), ni como el conocimiento de la futura rescindibilidad (25) (la cual puede no acontecer, si el comprador opta por la acción estimatoria, y además no se plantea en los contratos gratuitos). Representa el simple conocimiento del vicio del objeto entregado, y la asunción de todos los daños que pueda causar en el patrimonio del vendedor. El art. 1107 puede tomarse en cuenta, sin embargo, como criterio delimitador de la extensión de los daños (26).

El interés de una aplicación del art. 1101 en un supuesto de saneamiento es ciertamente de índole práctica, e irá dirigida a obtener una protección completa del comprador en sus transacciones. La jurisprudencia ha buscado esta finalidad a través de dos vías: mediante la admisión de la concurrencia de las acciones de saneamiento e indemniza-

(23) GETE-ALONSO, M.^a del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 535-536; LLÁCER MATACÁS, M.^a Rosa, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pp. 157 y ss.

(24) ROJO, *ob. cit.*, pp. 285-286; BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 226-228.

(25) ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, R.C.D.I. 1971, p. 905.

(26) MORALES MORENO, A. M., *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, A.D.C. 1982, p. 595.

toria, y a través de una nueva elaboración del concepto de «aliud pro alio», que se caracterizaría por la imposibilidad funcional de dar satisfacción al comprador y daría lugar a la acción resolutoria por incumplimiento. La primera posibilidad parte de una mala delimitación entre saneamiento e incumplimiento (27). Mayor relevancia tiene la segunda vía de aplicación del art. 1101, que responde a una reciente tendencia jurisprudencial a la ampliación del concepto de «aliud». Configurado un concepto expansivo de «aliud», la estrechez del art. 1486,2 queda reservada a los casos que sólo puedan admitir la calificación de vicios ocultos. La resolución de los demás casos que puedan integrarse en el concepto de «aliud» no presentaría problema porque, tratándose de un incumplimiento, se aplicará con propiedad el art. 1101 del Código civil. Cabe señalar, aunque la observación se sitúe fuera del ámbito de este trabajo, que la problemática ha quedado parcialmente superada con la promulgación de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984, ley que persigue una extensa protección de las personas que merezcan la calificación de consumidores y usuarios (art. 1, párr. 2 y 3). La reparación de los daños y perjuicios sufridos se define como un derecho básico de los consumidores y usuarios (art. 2, párr. 1.c), y se concreta como contenido indispensable de la garantía que debe entregar el productor o suministrador (art. 11, párr. 3) (28).

(27) Señala D. ESPÍN CÁNOVAS, en «Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos, en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales», *R.G.L.J.*, 1967, I, p. 931, que la jurisprudencia española «se muestra favorable a la admisibilidad de las acciones generales, siempre que no exista oposición con preceptos concretos de saneamiento». Cita en este sentido la STS de 6 de mayo de 1911 (ponente D. Antonio Guillón), que dice lo siguiente en su segundo considerando: «Considerando que entre el art. 1101 de dicho Código, que establece el principio general de las responsabilidades (...), de una parte, y de otra los art. 1484 y demás referentes a la compraventa (...) no existe oposición alguna que autorice a estimarlos infringidos (...) porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio, son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios...». Véase ROJO, *ob. cit.*, pp. 285 a 289.

(28) Art. 11,3 de la citada ley: «Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado».

4. LA RETICENCIA INTENCIONAL

4.1 La dualidad tradicional entre conocimiento e ignorancia del vicio

El comprador de cosa defectuosa puede resultar perjudicado de dos formas: o bien porque la cosa vale menos; o bien porque la cosa defectuosa ha causado daños en los demás bienes del comprador. No todos los daños que sufre el comprador serán imputables al vendedor ya que junto a la constatación del daño concurre la consideración subjetiva de su conducta. En el Derecho común se observa una constante oposición entre el vendedor que ignora el vicio oculto y el que lo conoce, basada principalmente en los textos del D.18,1,45 y D.19,1,13(14), princ. y párr. 1. Esquemáticamente:

- el vendedor que desconoce el vicio («ignorans») deberá solamente el precio que el comprador entregó de más, en consideración al valor de la cosa (el «quanti minus»), a través de la acción «ex empto».
- el vendedor que conocía la existencia del vicio («sciens») deberá prestar todo el interés (o interés «extra rem»).
- en algunos casos el vendedor ignorante no responde del «quanti minus»: cuando el esclavo es ladrón y cuando el predio oculta tributos («servus furem» y «predio tributario» en expresión del D.19,1,13,1) (29).
- en otros, el vendedor ignorante responderá de todo el interés: cuando se trata de compra o arrendamiento de toneles o tinajas que resultan defectuosas (quebradas o que imprimen mal sabor: «vas vitiosum»; D.19,1,6,4; y D.19,2,19,1).

Se constata pues una contraposición constante entre prestación del «quanto minoris» y la prestación de «omne interesse», en función de la ignorancia o el conocimiento del vicio (30). Esta oposición se prolonga

(29) AZO, *Summa super Codicem, Instituta extraordinaria*, Lugduni, 1557 —reproducción anastática, Torino, 1966—, C. de act. empt. 3a. col.; ODOFREDUS, *In secundam Digesti veteris partem praelectiones*, Lugduni, 1552 —reproducción anastática, Boloña, 1968—, D. de act. empt., 1. Julianus, n.º 2; CYNUS C. de act. empt. 1. si minor, n.º 4; BARTOLUS, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Augustae Taurinorum 1573, D. de act. empt., ley Julianus citada.

(30) AZO, C. de act. empt. 3a col; ODOFREDUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1; IACOBUS DE RAVANNIS, C. de aed. act. 1. si non simpliciter; CYNUS, *In Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima commentaria*, Francoforti, 1578 —reproducción anastática—, Torino, 1964, T. I-, C. de aed. act. 1. si non..., n.º 3; ALBERICUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1 y 3; BARTOLUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1; BALDUS, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1586, ibid. n.º 1; SALYCETUS, C. de aed. act. 1. si non...; DE MONTE FABIANUS (Sabinus Fabianus de Monte Sanctus), *De emtione & venditione*, en *Tractatum ex variis iuris interpretibus co-*

aunque va perdiendo su nitidez con la configuración de otros supuestos de imputación del «*id quod interest*» (31).

El «*quanti minus*» que debe satisfacer el vendedor que ignoraba el vicio no constituye pues un supuesto de «*id quod interest*». La prestación del interés se atribuye a un hecho injusto como puede ser la no entrega, la evicción, o la entrega de cosa viciosa a sabiendas (32). El «*quanto minus*» es la estimación del valor del que resulta privado (en vez de «*quanti pluris intersit*», se hablará de «*quanto minus essem empturus*»). Pero no es daño injusto ya que proviene de la cosa misma («*ex ipsa re emergens*»): sólo en consideración a la gravedad del engaño (objetivo o causante de lesión), se establece la devolución de la estimación (33).

llectorum, Lugduni, 1549, q. 6, n.º 56; OLDENDORPIUS, Johannes, *Actionum forensium progymnasmata*, Basileae, 1559 —reproducción anastática—, Aalen, 1966, p. 290.

(31) LÓPEZ, Gregorio, *Las siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado* —, del Consejo Real de Su Majestad, Valladolid (edición del Boletín Oficial del Estado), P. V, tit. 5, 1.63 princ. y gl. 5: «*In sciente bene procedit: secus si ignorasse ut dixi in gl. proxima nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro sciente*» (el subrayado es nuestro); GÓMEZ, Antonio, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regis*, Coloniae Allobrogum, 1662, 2.2, n.º 45; GUTIÉRREZ, Johannes, *Opera omnia, civilia, canonica et criminalia*, T. I, Lugduni, 1730, q. 169, n.º 2; HERMOSILLA, Gaspar, Juan y Sebastián, *Additiones, notae, resolutiones ad Partitarem glossas et cogita D. Gregorii Lopetii*, T. I, partis 1 (ejemplar sin lugar de edición ni fecha que se encuentra en la facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona), P. 5, tit. 5, Ad. 1.63, gl. 1 a 6, n.º 6, 7 y 9, y n.º 13, 14 y 21; obsérvese el cambio de visión de DONELLUS, H., quien se esfuerza por sistematizar las causas de prestación del interés, en *Commentari de iure civili*, T.III, Florentiae 1841, l. XIII, cap. III, n.º 13; compárese con CUJACIUS, IACOBUS, *Opera omnia ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta*, T. IX, Mutinae, 1779, L. XIX, l.13, p. 743, lit. E y p. 744, lit. A; BRUNEMANN, Comm. in cod. C. Aed. act. l.i, n.º 3 ó VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas*, T. I, Coloniae Allobrogum, 1757, lib. 21, tit. 1, n.º 10 que, si bien posteriores, vuelven a la mencionada oposición.

(32) BARTOLUS, C. de sent., n.º 9.

(33) ODOFREDUS, I. Julianus n.º 1: «*Modo circa materiam istam est insistendam: qua ista sunt preambula: vos habetis in princ. huius lex quod venditor ignorans morbum vel vitium rei tenetur emptori quanto minoris esset empturus si scisset. Sed videtur quod venditor non teneatur si ignorans fuit: qua regula est quod licet contrahentibus ad invicem decipere de re et pretio [...] ad quod vos dicetis naturaliter in quadam ratione iure gentium introducta: licet contrahentibus decipere seipsos re ipsa sine dolo et non ex proposito et in modico. Duntamen non decipiant se ultra dimidiam iusti pretii. Nam tunc non licet contrahentibus se ad invicem decipere [...] Sed contrahentibus non licet se ad invicem decipere super vitiiis et morbis [...] quod venditor tradat rem non morbosam vel vitiosam [...] unde debet admonere emptorem et dicere: res ista est morbosa vel vitiosa: alias est in dolo vel in culpa: quia non est tolerabilis ignorantia in re propria*»; BARTOLUS, C. de sent., n.º 19: «*Si vero agitur propter malefactum & tunc aut fuit scienter, aut ignoranter. Si scienter venit interesse extrinsecum [...] Si vero ignoranter & tunc agitur contra aliquem qua res est evicta & isto casu venit interesse extrinsecum, non tamen in totum, sed ad duplum pretii conventi [...] aut agitur propter aliud damnum ex ipsa re emergens, & tunc aut loquimur in contractibus ex quorum natura transferri dominium vel usucapiendi conditio & tunc non venit interesse contra ignorante sed agitur quanto minoris...*». Los subrayados son nuestros.

El «*quanti minus*» no puede configurarse como interés a pesar de ciertas expresiones equívocas, localizadas en la doctrina italiana, que asimilan este primero con el interés intrínseco o «*interesse circa rem*» (34). Esta aproximación proviene de una interpretación de Acursio sobre la ley Julianus, asimilando el «*non tradere*» (prestación del interés intrínseco en base al D.19,1,21,3) y el «*male tradere*» (D.19,1,13 princ. y 1). Entiende que no existe una regla general que fije la no responsabilidad del vendedor ignorante, y afirma que la regla general tiene que inferirse de los numerosos ejemplos que se habían venido configurando como excepciones a la irresponsabilidad de dicho vendedor (35).

Esta línea interpretativa carece de continuidad: la doctrina italiana posterior volverá a la dualidad entre conocimiento e ignorancia del vicio, y el «*quanti minus*» se consolida como remedio propio del engaño objetivo, ligado a la ignorancia del vendedor (36).

En este sentido, Dumoulin sentará que en caso de aparecer algún engaño en la cosa, como un vicio oculto, el vendedor deberá el «*quanti minus*», precisando que en este caso, se trata de un daño que proviene de la cosa misma y no de un «*casus interesse*». Asimismo, tampoco constituye un interés añadido al precio pagado, sino la devolución de una parte de éste (37).

(34) Es patente en BALDUS, C. de aed. act. 1.2, n.º 3 y 4: «*dicitur hic quis vendens scienter servuum vitiosum teneret, ergo a contrario sensu non teneret si ignoranter. Contra quia etiam ignorans teneret (...)* nam ignorantia venditores non minuit damnum emptoris, ergo nec actionem quae formatur ad damnum facit cessare. Sol quoddam est damnum intrinsecum & tunc distinguit»; también DE MONTE, *ob. cit.*, q. 6, n.º 59; relatado por FUMEUS, *ob. cit.*, cap. 3, n.º 29. En España, GUZMÁN ALPHONSUS, *Tractatum de evictionibus*, Matriti, 1629, q. 61, n.º 15, que en materia de vicios ocultos sigue a BARTOLO en determinados aspectos.

(35) Según ACURSIO, *Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, quibus iurisprudentia ex veteribus iurisconsultis desumpta, libris L continetur. Tomus primus, quod Digestum vetus appellant cum Acursii commentariis*, Venetiis 1569, D. de act. empt., l. Julianus gl. d) «*quanti minoris*», estas excepciones que va a convertir en regla general son cinco: *capitatione praedii*, vase non integro vendito, vase vitioso locato, pecore morbozo, tigno vitioso; éstos dos últimos supuestos son inexactos. Y así afirma que el vendedor que ignoraba el vicio responderá del «*id quod interest*»: «*Tu dic eontra, regulariter ignorantem teneri, & ista regula fallit in duobus casibus tantum...*»; estos dos casos son el «*servo fure*» y el «*predio tributario*»... «*Reliqui autem quinque casus faciunt regulam. Nam iura adaptantur ad frequentiora*».

(36) SURDUS, IOHANNES PETRUS, *Decisiones*, Lugduni, 1600, Dec. 146, n.º 6; MANGILIUS, IOANNES ANTONIUS, *De evictionibus Tractatus*, Venetiis, 1630, q. 25, n.º 10 a 12.

(37) MOLINEAUS, n.º 4: «*& tamen nondum est casus spectans ad hanc 1. quia cum non asseveraris esse idonea ad domum fulciendam, vel construendam, nec tanquam talia, nec ad occurrendum certo imminente domus meae periculo & tradideris, non teneris ad hoc interesse, cum vaces omni culpa & mora, & sic cum stud interesse non sit considerabile nec debitum, non dicitur de jure mea interesse, qui lucrum facturus erat casu quo lucrifatio non habetur, & sic nihil ad casum hujus 1. tamen quia re ipsa deceptus qui pluris emendo tigna vitiosa, superest mihi jure communi actio quanto minoris...*».

Así Scaccia contempla tres supuestos, en los cuales el vendedor debe alguna cantidad por razón del contrato:

1. Casos en que no hay perjuicio;
2. Casos en los que hay un perjuicio *sin culpa*, dolo o mora: y aquí cabe la acción «*quanti minoris*» si se dan los requisitos necesarios;
3. Supuestos en que existe un perjuicio o interés, concurriendo además dolo (y se deberá entonces «*totum interesse*»), o que concurra culpa, mora o evicción (y entonces «*non potest excedere duplum pretii*») (38).

Si bien el «*quanti minus*» reclamable mediante la acción de compra es perfectamente asimilable a la acción edilicia «*quanti minoris*», y que la doctrina lo asimila a una forma de engaño objetivo o de carácter patrimonial y no a un «*casus interesse*», el peso de la tradicional oposición entre ignorancia y conocimiento del texto del Digesto [D.19,1,13(14)], explica que aquélla aparezca siempre junto con las formas de indemnización, por una «fuerza atractiva» del dolo. Así aún encontramos dicha oposición entre la indemnización de todo el interés («*scientia*») y la prestación del *quanti minus* («*ignorantia*») en Domat (39) y Pothier (40). En cambio, la ignorancia se reconduce al remedio edilicio cuando se tratan propiamente las acciones redhibitoria y «*quanti minoris*» (41).

4.2. La reticencia intencional como criterio de imputación del «*id quod interest*»

Se apreciará el dolo como conducta en sí misma considerada. El dolo es sobrevenido al fenómeno del saneamiento ya que éste funciona independientemente de la conducta dolosa del vendedor y de su intencionalidad (art. 1485) (42). La consideración del dolo arranca de la dualidad comentada en el apartado anterior, y de algunas leyes del Digesto que contemplan el dolo en los contratos gratuitos.

(38) SCACCIA, *Tractatus*, ap. VII, gl. VII, n.º 73, 74, 83 y 84.

(39) DOMAT, *Lois*, T. 4, tit. 5, s. 2, n.º 8.

(40) POTHIER, *Tr. Obl.*, part. 1, cap. 2, art. 3, n.º 163 y 166.

(41) DOMAT, *Lois*, T. I, tit. 2, s. 11, n.º 5 y 6; POTHIER, *Tr. vente*, n.º 213 y 216. POTHIER no asimila la expresión daño en «*la chose même*», que emplea en el n.º 213, con el interés «*circa rem*», «*intrinsicque*», o «*propter rem ipsam non habitam*». Como se verá, LAURENT no captó esta diferencia justificando su conocida interpretación amplia del artículo 1646 del Code.

(42) GORLA, G., *Considerazioni sulla giurisprudenza fracese in tema di garanzia per i vizi redibitori*, en Studi in onore di F. Messineo, Milano, 1959, pp. 234-235.

4.2.1. ¿Es dolo incidental?

Históricamente, es conocida la existencia de un dolo no determinante del consentimiento, sino generador de lesión y de la correspondiente reparación o devolución de lo que el lesionado había pagado de más (43). Era un caso agravado de lesión en el que no se requería un perjuicio mayor a la mitad del justo precio. La distinción entre dolo causante y dolo incidental gozaba además de tradición en las Partidas y en la doctrina anterior al Código (44).

La expresión «dolo incidental» se recoge en los proyectos españoles (45), no así en el Code francés (art. 1016), a pesar de ser un concepto manejado por Pothier, preocupado por limitar las vías de acceso a la nulidad, y por la estabilidad de los contratos. Pero no creemos que el dolo incidental se recogiera en los proyectos y en el art. 1270,2 del Código civil en un sentido idéntico al que tenía entre la doctrina del Derecho común (46). Sobre todo si se tiene en cuenta la supresión de la rescisión por lesión: carecía de sentido entonces conservar la rebaja o suplemento del precio, a través del dolo incidental, cuando los demás casos en que era relevante la quiebra de la función económica del contrato quedaban limitados a ciertas normas causales. La especial consideración del dolo incidental junto con el dolo vicio de la voluntad, obedece quizá al lastre de la oposición histórica entre dolo causante e incidental.

Sin embargo, es evidente que la interpretación del párrafo segundo tendrá que llevarse a cabo en el contexto del Código. Así, se entenderá por dolo incidental el engaño no determinante de la voluntad de contratar. La expresión «sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» tendrá que tomarse en su sentido literal: el dolo incidental es causa de indemnización de daños y perjuicios, es decir de prestación del «id quod interest». En este sentido, el art. 1270,2 podría interpretarse como un manifestación general del dolo «in contrahendo», mientras

(43) PICHARDUS, Antonius, *In quatuor Institutionum Imperatoris*, Genevae, 1657, L. IV Institutionum, tit. XIII De exceptionibus, princ. n.º 18, 19 y 20; y Institutionum, Tit. VI De actionibus, q. 9, n.º 9.

(44) Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales de Derecho civil español*, T. IV, Madrid, 1871, p. 4: «El dolo es de dos especies; uno que da causa al contrato, y se verifica cuando el que no tiene ánimo de contraer es iducido a ello (...): otro incidente ó incidental cuando uno contrajo espontáneamente, pero fue engañado en el precio o de otra manera...»; según SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, T. IV, Madrid, 1899, p. 197, «El dolo causante siempre produce la invalidación del contrato; el dolo incidente, sólo da lugar a la reparación pecuniaria del engaño».

(45) Art. 978 del Proyecto de 1836, y art. 993 del Proyecto de 1851: «El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de éstos».

(46) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. 1, p. 36.

que los arts. 1486,2; 1487; 1488 y 1752 serían sus manifestaciones concretas (47). Así, la reparación prevista en el art. 1270,2 no tiene sentido como reparación del engaño en la cosa, sino que aparece como indemnización del «*id quod interest*» propiamente dicha (48).

4.2.2. *El dolo-causa de indemnización no es incumplimiento doloso de una obligación de manifestar los vicios*

El incumplimiento de una obligación de manifestar los vicios no se interpone en el funcionamiento del dolo «*in contrahendo*» como causa de prestación de interés.

Los iusnaturalistas plantearon una obligación de manifestar las circunstancias externas de la cosa propia de los contratos conmutativos, porque consolidaba la igualdad (*aequalitas*) entre las partes contratantes y las prestaciones. La finalidad del deber de informar era la preservación recogida por Pothier como obligación de buena fe que obliga sólo en el fuero de la conciencia (50). Era una obligación de informar que asumió, no por mimetismo del Digesto, sino en consideración a las enseñanzas de los iusnaturalistas, pero que, insistamos, se situaba en el fuero de la conciencia.

Ni el Código francés, ni los proyectos, ni el Código español recogen la obligación de informar de las circunstancias internas de la cosa (51). En efecto, sería una obligación imposible si el vendedor ignorase el vi-

(47) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 916; MORALES MORENO, *El dolo...*, p. 601.

(48) Indemnización que siempre acompaña al dolo causante y que es el único efecto del dolo incidental. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 603.

(49) GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis, libri tres, cum annotatis auctoris, nec non J. F. Grovonii notis & J. Barbeyracii animadversionibus. Commentariis insuper locupletissimis Henr. L. B. de Coccei insertis quoque observationibus Samuelis L. B. de Coccei*, T. II, Lausannae, 1758, L. II, cap. XII, n.º IX y X; PUFERDORFIUS, S., *De iure naturae et gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyracii*, T. I, Francofurti et Lipsiae, 1759, cap. III, n.º II, III y V

(50) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 234.

(51) Véase la diferencia con el art. 1338 del CC. italiano de 1942. Debemos observar que alguna doctrina española, aun viendo en los vicios una causa de rescisión o de rebaja por injusticia en el precio, ordenaba las acciones edilicias bajo una obligación de manifestar los vicios (otra opción es la de aproximarlas a la obligación de entrega, como en el proyecto de 1851, y otra sería darles autonomía como acciones dirigidas a solventar una injusticia en el precio, como en el proyecto privado de SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho civil español en forma de Código*, Madrid, 1871). Así, en ocasiones, entre las obligaciones del vendedor aparecen las de entregar la cosa, la de estar obligado al saneamiento por evicción, y la de manifestar los vicios ocultos: SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1834, n.º 33, p. 265; DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Derecho civil*, T. IV, Valencia, 1879, p. 214; *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, por

cio, y el comprador no podría nunca obligarlo al cumplimiento: sólo tendría en sus manos los medios arbitrados por el Derecho para poner fin a la injusticia generada por el vicio. El dolo «in contrahendo» aparece como causa autónoma de prestación del interés. Así, el dolo aparece como una causa autónoma de imputación del interés.

4.2.3. *La conducta dolosa contemplada por el Código*

Los arts. 1486,2; 1487; 1488 y 1752 contemplan una conducta dolosa: conocimiento y no manifestación, que se opone a ignorancia, y justifica la prestación de todo el interés (52). El dolo puede tener una manifestación positiva (actividad dirigida a disimular el vicio) o negativa (silencio o reticencia). Esta última parece la forma más normal de dolo, aunque naturalmente no excluye las actividades dirigidas a ocultar el vicio (53). En definitiva, tanto por sus antecedentes históricos, como por su dicción literal, el Código entiende el dolo in contrahendo como «silencio a sabiendas» (54), sin que ésta permita ignorar otras manifestaciones del dolo, como la ocultación, o incluso la afirmación temeraria.

el ilustrísimo Sr. D. Florencio García Goyena y D. Joaquín Aguirre, T. IV, Madrid, 1842, n.º 3278, p. 6 t n.º 3288, p. 7; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pp. 563, 567, 569.

Pero el incumplimiento de esta obligación generaría en el comprador, caso de aparecer vicios ocultos, la opción entre acción redhibitoria y estimatoria. La indemnización por los daños y perjuicios tendría que atribuirse en todo caso al conocimiento y no manifestación de los vicios, pero no al incumplimiento de una obligación de manifestarlos (DEL VIÑO, *ob. cit.*, p. 216; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, n.º 25, p. 567). La configuración de esta obligación proviene de una extensión en la comprensión del texto del Digesto (D. 21,1,1,1) y de las Partidas (leyes 63 y, sobre todo, 65, tit. 5, P. 5). Es una obligación no desconocida en la anterior doctrina, aunque no dominante (véase MOLINA, *De iustitia*, T. II —ejemplar sin fecha ni lugar de edición existente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona— Disp. 353, n.º 2, quien utiliza la expresión pero con mucha precaución: «teneri quasi ex officio»... «ut iustum pretium pro illa accipiat»).

(52) BADOSA, *La diligencia...* cit., p. 228.

Una cosa es callar porque se desconoce el vicio, y otra lo es a sabiendas. El hecho diferencial está en el desconocimiento del defecto y en la previsibilidad del daño. Véase CUJACIO, *Opera*, T. IX 1. XIX ad 1. XIII, p. 744, lit. B: «Denique aliud est celare, aliud reticere: Celare est scienter reticere. Non celant nisi sciens: at reticet aut reticere potest etiam ignorans» El conocimiento determina la prestación del «id quod interest»: CUJACIO, *ibid.* lit. E.

(53) Véase MOLINA, *De iustitia*, disp. 353, n.º 3: «Quia ergo venditor censetur quasi ex officio tenetur vitia manifestare, dolosus censetur, non solum si positive vitia occultet, aliquid efficiendo, quod emptorem lateant, sed etiam, si negative se habeat, ea non prodoendo ac manifestando, ut quasi ex officio, atque ex iustitia, tenetur si ea sciat; eaque causa, qui vitia, sciens illa, non manifestat».

(54) GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 368; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España*, T. II, Madrid, 1874, p. 264.

Esta última se halla históricamente asimilada al dolo, y se opone a la reticencia: es la manifestación deliberada de aquello que se desconoce, que conlleva también la imputación de todos los daños subsiguientes, en caso de que la aseveración resulte falsa. La aproximación de la afirmación temeraria al dolo se da pues en cuanto se entiende que conlleva una asunción de los perjuicios causados por el vicio cuya inexistencia se afirma sin una previa indagación.

La asimilación no fue históricamente inmediata, sino que necesitó de una evolución. Vista la contraposición tradicional entre ignorancia y conocimiento del vicio, era lógico que, en un primer momento, la afirmación temeraria se aproximara más a la ignorancia que a la «scientia», y se entendiera que sólo podía dar pie a las acciones edilicias (55). Sin embargo, independientemente de lo que el vendedor haya prometido, y que deberá por tal motivo, algunos autores valoran el engaño patrimonial sufrido con el concurso de la afirmación temeraria, y diferencian este extremo de la ignorancia. No se crea una categoría intermedia, sino que ésta se asimila al dolo (56).

Así, cabría distinguir tres conceptos: la simple alabanza (57), las indicaciones fraudulentas (58), y la afirmación temeraria (59).

(55) Así BALDUS, D. de act. empt., 1. Julianus, vers. «sed cum in facto», n.º 2: «asseverare quod quis ignorat non est dolus sed temeritas, & aliter ponitur quando dolus nam ratione doli venit interesse extra rem, ratione temeritas venit interesse intra rem» (recuérdese que este autor maneja el concepto de interés intrínseco en materia de vicios ocultos); SURDUS, dec. 288, n.º 59: «Ignorans ubi exprimit mendacium, tunc non debuit aseverare, quod ignorabat (...) ubi etiam subdit, quod venditori nocet temeraria indicatio et ibi glosa in fine dicit, quod contra venditorem datus redhibitoria vel quanto minoris», y más abajo, «ignorantia non excusat venditorem, quo minus teneatur vel redhibitoria, vel quanto minoris, licet non teneatur ad interesse».

(56) CASTRENSIS, *In secundam Digesti veteris partem patavinæ praelectiones*, Lugduni, 1553, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 5; DONELLUS *Comm. iur. civ.* 1.13, cap. 3, número 13: «De quo exstat haec distinctio (...) ut doulbus tantum casibus ex hac causa in id quod interest, agere licet. Uno si venditor vitium aut morbum sciens reticuit, et ita emptorem decepit (...). Altero, si vitium aut morbum venditor ignorans, et rem sanam putans, sanam esse affirmavit...«*Nam et qui ignorat, idcirco mentitur falsum affirmando, quod dum dicit rem vitiosam aut morbosam non esse, hoc ipso tacite affirmat se scire rem ita habere: quoniam de rebus ignotis nihil affirmare possumus*»; HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5, add. 1.66, n.º 6 y 7: «Quo supposito distinguendum est, aut venditor ignorabat servitutem vel onus rei venditae, aut illum sciebat. Primo casu, aut liberam esse dixit, aut simpliciter eam vendidit, quia non debuit afferere quod ignorabat (...) *in dolo esse qui offerit id, quod ignorabat*. Si simpliciter rem vendidit, & postea de servitute, vel onere constitit, venditor solum tenetur minoris esset empturus & ad diminutionem pretii soluti & non ad interesse emptor agere poterit». Los subrayados son nuestros.

(57) La «commendatio» sólo es invitación a adquirir: aquellas frases o expresiones que deben tomarse como tales, y que no generan acción (CUJACIO, *loc. cit.* p. 746, lit E.).

(58) Dan lugar a la acción de dolo (CUJACIO, *loc. cit.*, p. 747, lit. A).

(59) Genera, o bien la acción edilicia, si se interpreta como «dictum et promissum» (CUJACIO, *loc. cit.*, p. 746, lit. D), o bien acción de dolo (DONELLUS, HERMOSILLA, citados).

La interpretación del art. 1486,2 tiene que completarse con el rechazo de la culpa «in contrahendo» (60). Sólo el art. 1488,2 emplea un expresión distinta a la del art. 1486,2: «si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses». No cabe entender que el contenido de la expresión difiera del de los artículos anteriores, en el sentido de que, siendo más amplia, comprendería las conductas negligentes. El cambio de expresión se debe probablemente a que el contenido del art. 1488,2 (art. 1410,2 Pr. 1851) es nuevo en relación al artículo 1089 del Proyecto de 1836 y al art. 1647,2 del Código francés, al ordenar la reparación del perjuicio económico producido por el vicio, aunque la pérdida de la cosa responda a un caso fortuito, o incluso a la culpa del comprador. Siguiendo el mismo criterio de justicia que esgrime García Goyena, también se aplicarán al supuesto las mismas normas relativas al dolo in contrahendo (61).

4.2.4. La prestación del dolo en los contratos onerosos y gratuitos

El dolo «in contrahendo» como causa de indemnización del interés opera lógicamente, tanto en los contratos onerosos como gratuitos (artículos 1486,2 y 1752).

En un primer momento, la explicación de la no prestación del «quanto minus» por el ignorante se realizó con la ayuda del principio de la «utilitas contrahentium» (62). En el comodato el comodante responde sólo del dolo porque se trata de un contrato celebrado en beneficio del comodatario. No responderá de la culpa leve ni de la levísima, ni tampoco del «quanto minus» (63).

(60) Véase *infra*, apartado 5.

(61) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código vigente, Zaragoza, 1974. Comentario al art. 1410, p. 753.

(62) BADOSA, *ob. cit.*, p. 229, nota 5.

(63) Véase ODOFREDUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 2: «nam si commodas sciens vasa vitiosa teneris, si ignorans non teneris (...). Brevis est responsio, commodatum est gratuitum et contrahitur gratia accipientis unde aequum est si commodans scit vitium vel morbum rei commodate quod teneatur: sed si ignorans non: sed emptio et venditio contrahitur gratia utriusque»; BARTOLUS, D. Commod. 1. In rebus, vers. «item qui»: «Commodans tenetur de vitio rei si sciens fuit. Opp. & videtur quod etiam ignorans teneatur; quia in commodato venit levissima culpa (...). Sol. ibi loquitur ex parte commodatarii, cuius gratia celebratus est contractus: *hic ex parte commodantis merito non tenetur nisi de dolo & lata culpa* (...). Tu vero distingue quandoque res traditur ex tali contractu ex quo dominus transfert dominium & non dominus usucapiendi conditionem, ut in eptionem & venditione & simili. Tunc si tradit rem vitiosam scienter, tenetur ad interesse, vel quanto minoris (...) Quandoque traditur es tali contractu ex quo non tranfertur dominium: & tunc

Pero si del comodato, pasamos a la donación, el discurso cambia: la explicación se hará utilizando la contraposición entre actos onerosos y lucrativos. El donante que ignora el vicio no responderá, pero lo hará si lo conocía, únicamente por razón del dolo (64).

La explicación dada a la responsabilidad del donante doloso es la misma que se dará más tarde a la responsabilidad del comodante doloso (65). En los contratos gratuitos, a diferencia de los onerosos, el ignorante que entrega cosa defectuosa no causa perjuicio a quien la recibe porque éste no da nada a cambio. Pero el dolo o conocimiento del vicio lo hace responsable de todos los daños causados a la contraparte a causa de los defectos ocultos de la cosa; daños que se reclamarán mediante la acción de dolo.

La causa lucrativa elimina pues un «daño»: el perjuicio objetivo producido por la presencia del vicio que genera la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias. Pero no tiene que ver con el otro daño: el interés sobrevenido causado por el vicio (66). Esta sería la esencia del ar-

quandoque recipiens exhibet suum officium gratiose gratia dantis, ut in deposito, & mandato (...) Nam cum ipsius contractus celebratur tenetur de levissima (...). *Si vero celebratur contractus gratia recipientis temen, ut in commodato, & tunc aut dominus fuit sciens & tenetur in totum.* Aut non, & non tenetur, nisi ut pro noxa admitat, si potest noxam committere illa res (...). Aut contractus celebratur gratia utirusque, ut locatio & conductio: & tunc distingue vas vitiosum ab aliis rebus vitiosis...» (los subrayados son nuestros); CASTRENSIS, D. Commodati, l. in rebus, vers. item qui, n.º 1 y 2; MOZZIUS, *Tr. contr. cap. De act. commodati*, n.º 7 y 9; MOLINA, *De iust.*, disp. 294, n.º 7.

(64) GOMETIUS *Var. res.* 2,2, tit. 2, cap. 2, n.º 35: «Ex quo a primo infertur quod in contractu donationis non habeat locum evictio. Unde si quis donet alteri aliquam rem & ab aliquo tertio evincatur, non tenetur ad sumptus factos in ipsa re evicta, nec ad expensas factas in lite praedefendenda, nisi dolo facerit donator, ut quia scienter donavit rem alienam: quia tunc tenebitur actione de dolo (...) in re donata licet appareat vitiosa, non habet locum actio redhibitoria vel quanto minoris» (los subrayados son nuestros); GUZMÁN, *Tr. evic.*, q. 25, n.º 46: «Et ideo donas rem alienam nulla actione tenetur donatario, nisi actiones de dolo».

(65) GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, comentario al artículo 1643, p. 859: «Nada repugna mas á la naturaleza benéfica del comodato que el caso de este artículo (...) La simple reparación del mal puede muchas veces no ser suficiente castigo de la odiosa perfidia que se atreve á tomar la máscara de la beneficencia. Siendo el comodato un contrato de beneficencia por parte de comodante, no hay responsabilidad cuando aquél ignoró los vicios de su cosa: en el arriendo sucede lo contrario por ser un contrato oneroso, artículos 1406 y 1484».

(66) GOMETIUS *Var. res.* 2,2, n.º 35: «Cujus ratio est: quia donatarius non videtur esse in damno, cum praetendat causam lucrativam. Item etiam quia causam lucrativam donatoris non debet esse sibi nociva...«nec obstat, quod tunc videtur esse in dolo, scienter donando rem, alienam; quia respondeo, quod tenetur actione de dolo, ad sumptus factos in re, non vero tenetur ad valorem vel aestimatione rei evictae»; GUZMÁN, *Tr. evic.*, q. 61, n.º 6: «Ratio differentiae est quia donatarius ex ipso contractu non damnificatur, nec eo casu liberalitatis suae dantur poenam patiatur: de dolo tamen se obligare debet & solet, ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet».

título 1752 CC y el criterio común al que también responde el art. 1486,2; 1487 2.ª parte y el art. 1488,2 (67).

4.3. Dolo «in contrahendo» y acción «quanti minoris»

El art. 1486,2 sólo reconoce la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios a quien optare por la rescisión. De donde se deduce que si el comprador opta por la acción «quanti minoris» no podrá pedir la indemnización (68). Esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la acción «quanti minoris» sea ya indemnizatoria (es rebaja en el precio, mientras que la indemnización se superpone al precio) (69). Tampoco hay que interpretar que la estimación equivale al interés negativo (70), ya que éste se corresponde con los gastos del contrato. Finalmente, creemos que también debe rechazarse la posibilidad de que la acción de indemnización se pueda añadir a la acción «quanti minoris» (71).

Históricamente, la limitación de la indemnización del interés al ejercicio de la acción redhibitoria no tiene tradición. En el Derecho común, la oposición entre ignorancia y conocimiento de los vicios, se hace sin referencia específica a la acción «quanti minoris» o a la redhibitoria; además predominaba la idea, literal en el Digesto, de que el dolo o la ignorancia del vendedor eran indiferentes para acceder al remedio edilicio.

La explicación sería de orden lógico (72). Cabe hacer notar el significativo cambio de redacción que se aprecia entre el art. 1408,2 del Proyecto de 1851 (que subraya la diferencia entre acción estimatoria y redhibitoria en lo que a indemnización se refiere) y la redacción menos estricta (aunque no necesitada de aclaraciones) del art. 1645 del Códico

(67) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 917; BADOSA, *La diligencia...*, cit. p. 229.

(68) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, T. XIX (artículos 1445 a 1541), Madrid, 1980, p. 352 «no podrá incluirse en la reducción del precio el importe de la indemnización».

(69) MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios al Código civil español*, T. X, quinta ed. revisada por D. J. M. Bloch, Madrid, 1950, p. 257.

(70) RUBINO, D., *La compravendita*, Milano, 1952, p. 640; CABELLA PISU, L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 250.

(71) DE BERNON, J., *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en Droit romain et en Droit français* (tesis doctoral), París, 1887, pp. 199-200; RUBINO, *ob. cit.*, p. 641.

(72) Ya apunta en las leyes 63 y 64 tit. 5, P. 5, de las que se deduce que el vendedor doloso deberá redhibir e indemnizar mientras que el ignorante deberá sólo la estimación.

go francés o del art. 1095 del Proyecto de 1836 (73). El comprador obtendrá la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados del dolo. Debemos entender que si el comprador opta por la rescisión, destruye el perjuicio provocado por el contrato oneroso, pero no repara los daños causados en su patrimonio por la cosa defectuosa (74). Para que nazca la obligación de indemnizar, además del dolo por parte del vendedor, es necesario que exista un daño en los bienes del comprador (art. 1107). Y si la cosa produce perjuicios en los bienes del comprador, la única solución que le queda a éste es la rescisión. No sería lógico que optara por la «*quanti minoris*». Se entiende que esta última sólo puede interesar a quien no tiene inconveniente en conservar la cosa porque, a pesar de ser defectuosa y de presentar menor utilidad, no va a causar ningún perjuicio en los demás bienes (75). La única desventaja que puede experimentar el comprador que no opta por la rescisión es el menor valor de la cosa, o el mayor precio satisfecho. En efecto, si el comprador ejercita las acciones edilicias, es porque el vicio persiste. Si el vicio se hubiera extinguido (por ejemplo, el ganado enfermo, sana) sólo le queda al comprador la acción de dolo (recuperación de lo que valía el ganado propio que se contagió y murió, o los gastos veterinarios). Así, el dolo del vendedor no impide la opción entre las acciones redhibitoria y estimatoria; pero si la cosa ha producido daños en su patrimonio y los quiere recuperar, al comprador sólo le cabe ejercitar la redhibitoria pidiendo además indemnización, o pedir la indemnización solamente (si desaparece el vicio) (art. 1270,2) (76). La acción «*quanti minoris*» presupone un perjuicio más reducido que no puede ser otro que el resultado económico insatisfactorio en un contrato oneroso, provocado por el vicio.

(73) Art. 1645: «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

Art. 1095 Pr. 1836: «Pero si el vendedor conociese los vicios o defectos de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, además de restituir el precio y los gastos ocasionados por la venta, será responsable de los daños e intereses que tenga derecho a reclamar el comprador».

Art. 1408,2: «Si el vendedor conocía los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, y no los ha manifestado al comprador, tendrá éste la misma opción, y además se le indemnizará de los daños y perjuicios *si optare por la rescisión*».

POTHIER sólo toma en consideración la indemnización al tratar de la acción redhibitoria (*Tr. vente*, n.º 213), pero no la menciona al abordar la estimatoria (n.º 233).

(74) GORLA, *ob. cit.*, p. 235; BADOSA, *La diligencia...* *cit.*, p. 236, nota 9.

(75) SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, T. XXIII, Madrid, 1906, p. 626.

(76) MORALES MORENO, J. M., «El alcance protector de las acciones edilicias». *A.D.C.*, 1980, p. 617.

5. CULPA «IN CONTRAHENDO» E INDEMNIZACION DEL «ID QUOD INTEREST»

5.1. Planteamiento

La cuestión se centra en saber si la indemnización de los daños y perjuicios encuentra su única fundamentación en el dolo, o si por el contrario, existen otras causas de imputación de los daños originados «in contrahendo». Es decir, si junto a la sanción del dolo, se impone cierto grado de diligencia, a observar en los tratos precontractuales. Esta diligencia se aplicaría al conocimiento de los vicios de la cosa, y su inobservancia (culpa «in contrahendo») haría imputable la ignorancia del vendedor (77).

La negligencia en los tratos precontractuales, y centrándonos en la obligación de dar, ofrece dos manifestaciones:

— Repercute en el cumplimiento (78). El vendedor no puede ejecutar su obligación «soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il ne pouvoit accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement». Conlleva la indemnización del interés previsible, pero sólo la primera es negligencia en los tratos precontractuales, mientras que la segunda constituye en realidad un caso de culpa en el cumplimiento.

— No repercute en el cumplimiento pero es causa de prestación del interés, porque su resultado es la entrega de una cosa que produce daños. Se trata de una negligencia en el examen de la cosa que el deudor se obliga a entregar, y que se traduce en la indemnización de todos los daños ocasionados por el vicio que se hubiera debido conocer empleando un determinado modelo de diligencia.

(77) No se trata del concepto de culpa in contrahendo formulada por JHERING («Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, IV), como quebrantamiento de la buena fe en los tratos precontractuales, que frustra las expectativas de la contraparte y da lugar a la indemnización del interés negativo. Nos remitimos a la opinión de BADOSA, quien estima innecesaria dicha figura de la diligencia «in contrahendo» en el ordenamiento español. Véase *La diligencia ...* cit., pp. 222 a 226.

Ha de tenerse en cuenta que la «culpa in contrahendo» ha sido utilizada en ocasiones para fundamentar el saneamiento por vicios ocultos. Véanse referencias en AREF, A., *De la théorie générale de la garantie pour les vices cachés à l'exclusion de la vente et l'échange d'animaux domestiques* (tesis doctoral), París, 1936, pp. 120-122; FUBINI, R., *La teoria dei vizi redibitori*, Torino, 1906, pp. 281-282; BENEDTTINI, E. *Della evizione*, Torino, 1912, pp. 49-52; DI MAJO GIAQUINTO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 281-283; VISINTINI, G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pp. 173-177; TERRANOVA, CARLO G., «La garanzia per vizi della cosa venduta», *R.T.D.P.C.*, 1989, p. 79.

(78) POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 133 y 160.

Dos argumentaciones permitirían defender la existencia de una culpa «in contrahendo»:

1. Mediante la imposición de un deber general de informar (la culpa se materializaría en la infracción de dicha obligación), o por la imposición, en materia de vicios ocultos (que es marco propicio para encontrar la formulación del dolo o de la culpa «in contrahendo») de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indicando si debió conocerlos (79).

2. Mediante una interpretación amplia de articulados más restrictivos:

- así, la interpretación del art. 1646 por la jurisprudencia francesa;
- o la interpretación extensiva de la situación psicológica del vendedor en artículos como el 1645 del Código civil francés, o el 1486,2 del Código español.

La culpa «in contrahendo» podría presentar además, dos niveles: el no profesional, y el profesional (80).

5.2. La doble ubicación de la culpa lata: su no formulación en relación al vendedor

La culpa lata puede predicarse tanto del comprador como del vendedor.

- en cuanto al comprador, la culpa lata o ignorancia crasa del vicio excluyen el remedio edilicio, sin que éste pueda alegar su ignorancia;
- en cuanto al vendedor, la culpa lata puede tener relevancia como causa de imputación de la obligación de indemnizar los

(79) Véanse los arts. 1337 y 1338, y 1494 Cc. italiano: «In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresí risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa». La doctrina italiana es unánime en explicar el art. 1494 como un caso de ignorancia culposa: CABELLA PISU, *ob. cit.*, pp. 249 y 252; GORLA, *ob. cit.*, p. 235; GRECO, P.- COTINO, G., *Vendita*, en *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Libro IV, Bologna-Roma, 1981, p. 275; MORELLO, *L'azione di risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa*, Il foro it. 1965, I, p. 1052; LUZZATO, R. *La compraventa según el nuevo Código civil italiano*, trad. y notas por F. Bonet Ramón, Madrid, 1953, p. 298; ALPA, G., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, p. 178, quien extiende sus consideraciones al contrato gratuito.

(80) LEVAVASSEUR, A. E., *De la garantie en matière de vente en Droit romain; de la garantie des défauts de la chose vendue en Droit français*, Caen, 1866 (tesis), pp. 173-175.

daños y perjuicios causados por el vicio. La culpa lata apreciada en la persona del vendedor no interfiere en el funcionamiento del remedio edilicio.

Aunque se trata de dos manifestaciones de la culpa lata en una misma figura, vemos cómo su aplicación se da en ámbitos distintos. La aplicación de la diligencia mínima, considerada estancadamente, en cada uno de estos ámbitos, no ofrece contradicciones. Pero constataremos que, de un estudio conjunto de ambos, se deduce si un sistema es más favorable al comprador que al vendedor, o viceversa:

a) *En cuanto al comprador*, sabemos que el no profesional examinará la cosa empleando una diligencia mínima (la que le permite descubrir los vicios manifiestos, y los que cualquiera hubiese descubierto). Si ignora el vicio manifiesto, se considera que lo pudo conocer y no hay lugar a las acciones edilicias (culpa lata como supuesto de exclusión del saneamiento por vicios ocultos). Evidentemente, si el vicio es irreconocible para el comprador aun empleando dicha diligencia, pero el vendedor no lo ignora, podrá manifestarlo si quiere evitar el saneamiento. Pero no importa, desde este punto de vista, que el vendedor emplee o no una diligencia más o menos grande para evitar el engaño o perjuicio del comprador (81). Quien tiene que emplear una diligencia mínima en relación a la aplicabilidad de las acciones de saneamiento es el comprador; si el vendedor no es diligente, se aplicará simplemente el remedio edilicio, lo mismo que si ignorara los vicios o los conociera.

b) Desde el punto de vista de la indemnización de los daños y perjuicios, ha sido históricamente relevante la *culpa del vendedor*: la ignorancia supina del defecto oculto se equipara al conocimiento y justifica la prestación de todo el interés (82).

A primera vista parece ilógico exigir una diligencia tanto al comprador como al vendedor: en efecto, la ignorancia supina del comprador elimina el saneamiento, mientras que la que se exigiera al vendedor tan sólo repercutiría en la indemnización. Pero esta dificultad se salva si se tiene en cuenta que la reconocibilidad del vicio puede

(81) Art. 1485,1; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, Madrid, 1977, pp. 128-129; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 343.

(82) G. LÓPEZ, P. 5, tit. 5, gl. 5, ley 63: «nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro scientia»; HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5, Add. gl. 5 ley 63, n.º 14: «ampia ex dicta gl. 5 si supina, ignorantia esset venditoris, nam tunc habetur pro scientia»; MOLINA, *De iust.*, d. 353, n.º 2 y 3: el vendedor responde de los daños «quae impedire potuit suaque negligentia non impedivit». Reencontramos la reticencia negligente en POTHIER *Tr. vente*, n.º 213: «le vendeur, quoiqu'il n'ait pas eu connaissance formelle du vice de la chose vendue, est, à cet égard, réputé comme s'il l'avait eue, lorsque ayant un légitime motif de soupçonner ce vice, il n'en a rien dit à l'acheteur: car cette réticence est un dol...».

variar entre la persona del comprador y del vendedor: puede ocurrir que su ignorancia sea crasa en el vendedor, pero no en el comprador (83).

En la tradición española se observa una protección menor del comprador, en beneficio del vendedor: al comprador se le exige pericia en el examen de la cosa, pero no se menciona dicha pericia al determinar la responsabilidad del vendedor (84).

Actualmente:

Desde el punto de vista del comprador (y de la exclusión del saneamiento), se tiene en cuenta:

- La impericia: el comprador perito tiene que conocer el vicio (art. 1484 segunda parte) (85).
- Creemos que necesariamente ha de tenerse en cuenta como criterio de exclusión la culpa lata o la ignorancia supina del perito, ya que el Código menciona, como criterios de exclusión, tanto el vicio manifiesto como la impericia del comprador (86).

(83) Compárese POTHIER *Tr. vente* n.º 208 y 213; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 342 «cualidades personales»; MORALES MORENO, *El dolo...* cit. «contacto con la cosa», páginas 646-647.

(84) Véase G. LÓPEZ y HERMOSILLA, citados. En este contexto cobra importancia la presunción de conocimiento del vicio por el vendedor. Su relevancia se aprecia no en ámbito de responsabilidad por daños y perjuicios, sino en el ámbito de aplicación del saneamiento: el dolo o conocimiento del vendedor se sobrepone a al impericia o ignorancia crasa del comprador.

(85) «Pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un *perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos*». Esta segunda parte del art. 1484 es específica del Código civil español (puede encontrarse también en el art. 200,2 del Código suizo de las obligaciones). Cabe afirmar que responde a un principio tradicional español proveniente de la Recopilación, ley 3.ª tit. XI, lib. 5, y recogida en la Novísima Recopilación, libro X, tit. I, ley 4: *Los oficiales en los contratos de obras de su arte no pueden alegar engaño en mas de la mitad del justo precio*. «Porque los oficiales de cantería y albañilería y carpintería y otros oficiales toman obras de Concejos, y otras personas à facer, y después de hechos los contratos, ó rematadas en ellos las obras, alegan engaño en más de la mitad del justo precio, *seyendo expertos en sus oficios*, de lo que resulta agravio á los que hacen las obras, y dilación; por ende mandamos, que de aquí en adelante los tales oficiales no puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte, que tomaron a destajo ó en almoneda, ni sobre ello sean oídos».

Véase el principio recogido por G. LÓPEZ, P. 5, tit. 5, 1.66, y HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5 Add. 1.66, ad gl. 1, n.º 3 y 5: «*Procedit etiam contraria, quando morbus vel vitium erat tale, quod cognosci poterat; ut si emptor servi morborum eran medicus, vel equi, marescalcus, vel si liber Doctor, quia praesumitur scivisse, nisi emptor probasset se ignorasse, quia nunquam vidit servum, vel equum nec librum, nam tunc dabitur ei actio, etsi suppone ignorasset*». Los subrayados son nuestros.

(86) Véase SCAEVOLA, *ob. cit.*, p. 611.

Desde el punto de vista del vendedor (y de la imputación del «*id quod interest*»), sólo hay un criterio de imputación que, como se ha dicho, es el dolo «in contrahendo» (art. 1486,2) (87).

Se constata pues cómo el sistema del Código es aún menos favorable al comprador que el que se deducía del Derecho común:

- El grado de la diligencia «in contrahendo» que recae sobre el comprador, más exigente que el destinado a evitar la ignorancia supina, estrecha las vías de acceso al saneamiento.
- La responsabilidad por los daños causados por la cosa defectuosa se limita al vendedor doloso.
- El dolo del vendedor no prepondera sobre la ignorancia del comprador, ni elimina la exclusión del saneamiento (88)

Así, a la doctrina le quedan muy pocas posibilidades para una hipotética interpretación del sistema favorable al comprador. Solamente:

1. Cuando el vendedor es perito en relación a la cosa que se contrata, y el comprador no. Es el único caso en que se podría construir una responsabilidad por impericia del vendedor, pues si tanto el vendedor como el comprador fueran peritos, el 1484 jugaría en contra de este último (89).

2. Cuando el vicio fuera irreconocible para el comprador y conocido por el vendedor (90).

Pero para proceder a una ampliación de la protección que el saneamiento brinda al comprador, hay que fundamentar la argumentación en el articulado del Código en forma suficiente. Y es realmente difícil construir una diligencia exigible al vendedor en base a lo previsto en el Código:

- El contenido de los arts. 1486,2; 1487 y 1752 es muy explícito (dicen «si conoce» los vicios, y no «debiera conocer»).
- Quizá la culpa «in contrahendo» en el ámbito profesional merece una atención más detallada, por su indudable interés práctico, y por constituir la verdadera preocupación de la primera doctrina (francesa) que buscó una ampliación de los supuestos de imputación del «*id quod interest*» al vendedor que entrega cosa defectuosa.

(87) La analogía con el art. 1484, 2.ª parte, no es posible porque tiene un ámbito muy delimitado, por ser relevante sólo como mecanismo de exclusión del saneamiento, y por lo tanto, sólo desde el punto de vista del comprador. Véase en el sentido contrario, MORALES MORENO, *El dolo...* cit., pp. 645-646.

(88) Tal como se admitía en Derecho común: véase GUZMÁN, *Tr. evict.*, q. 61, número 19; MOLINA, *De iust.*, D. 353, n.º 16; MANGILIUS, *De evict.*, q. 25, n.º 8; HERMOSILLA, *Notae*, P. 5, tit. 5, 1.66, n.º 3.

(89) MORALES MORENO, *El dolo...* cit., p. 646.

(90) Véase POTHIER, *Tr. vente*, n.º 208 y 213 *supra* cit.

5.3. La culpa «in contrahendo» en el ámbito profesional: la prestación del «id quod interest» por el fabricante y el comerciante

5.3.1. Su elaboración doctrinal

En el Digesto existían algunas excepciones al esquema general: casos en que el vendedor ignorante también respondería «extra rem» (D.19,1,6,4 y D.19,2,19.1). Pero no se trata aún de un supuesto de indemnización de los daños y perjuicios por el comerciante, sino sólo de un caso en que, a pesar de la ignorancia, se responde de todo el interés. La responsabilidad por la aparición de vicios en el «vas» o en el «dolium» se oponía a la no responsabilidad del vendedor (ignorante) de cualquier otra cosa («tigna» o maderos, predio con hierbas venenosas) (91). Esta diferencia también se manifiesta en la ley 14, tit. 8, P. 5.

En la justificación de la responsabilidad del vendedor ignorante en materia de toneles o recipientes defectuosos se conjugaban varios argumentos: por un lado, la especial naturaleza de los toneles o recipientes, que deben ser aptos para su uso, y de lo contrario carecían de toda utilidad, resultando totalmente inservible la acción estimatoria (92). Por otro lado, el conocimiento de esta especial naturaleza por el vendedor o arrendador, quien no tiene dificultad en descubrir el vicio, al no requerir ello ningún esfuerzo ni especial conocimiento (93).

En definitiva, en este supuesto especial, hay que partir de la obligación de manifestar los vicios por el deudor, y del conocimiento de la especial naturaleza de los toneles y recipientes. Así: el «tignum» se vende «simpliciter», y no así el «vas», que se alquila o vende apto para su uso (94). La ignorancia de dichos defectos se configura como culpa y se imputa al vendedor o arrendador: saben que tienen que entregar un

(91) CASTRENSIS, D. de locat. 1.21, 1.

(92) ALCIATUS, A., *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, cap. VIII, p. 191, *in fine*.

(93) BARTOLUS, C. de sent. n.º 19; G. LÓPEZ, 1.14 citada, b-; ALCIATUS pone de manifiesto una cierta contradicción, al constatar que la facilidad de conocimiento lo es tanto para el vendedor como para el comprador, y es conocido que no se protege de la misma manera al comprador que podía conocer el vicio —ausencia de *deceptio* o *deceptio imputable*— *De eo quod int.*, cap. VII, p. 191.

Se observa una tendencia a una especial consideración del arrendamiento que justificaría que en este contrato se debiera todo el interés, y no así en la venta. ODOFREDUS, D. de act. empt., 1. Julianus cit., n.º 2 «illi qui emunt confidunt de sua industria, non venditoris»; en cambio, «illi qui conducunt vasa confidunt de industria locatorum»; AZO, C. de act. empt. 3a. col.; CASTRENSIS, D. de locat. 1.1.

(94) DONNELLUS, *Comm. iur. civ.*, L. 13, cap. 3, n.º 14: «Tignum enim et pecus simpliciter venduntur. Tignum autem non minus tignum est, etsi sit vitiosum: et pecus non minus pecus, etsi sit morbosum. Atqui vas vendit, etiamsi nihil aliud adjiciat, tamen solo vasis nomine, affirmat vas esse integrum, et liquoris capax».

recipiente apto para contener líquidos y tienen la posibilidad de comprobarlo (95). Pero es una manifestación de la culpa «in contrahendo» aplicable a cualquier vendedor o arrendatario, independientemente de su profesión.

La construcción de la responsabilidad por la impericia o ignorancia culposa del comerciante o fabricante, tal como la recoge Pothier, se encuentra en Dumoulin.

La «*professio artis*» conlleva una asunción del peligro que se cierne no sólo sobre la cosa misma, sino también sobre las demás cosas del comprador: la «*professio artis*» constituye un «*casus interesse incertus*», como lo es el dolo (96). Dicha causa de imputación:

— Se predica de todas las cosas destinadas a un uso. No solamente toneles o vasijas, sino también «*tigna*» y «*pecus morbosis*» (97), sólo que el primer caso resultaba ser el más frecuente (98). Así, los «*vas vel dolia*» están destinados «*ad recipiendum & servandum unguentum*» o «*liquoris*», las vigas «*ad domum fulciendam*». Pero la excepcionalidad de la responsabilidad no se justifica ya por la naturaleza del objeto, sino por el carácter de la persona que lo vende o alquila.

— La «*professio artis*» no es un supuesto de dolo: el fabricante o comerciante, por definición, ignora el vicio (99).

— El desempeño de un arte u oficio, no constituye tanto una presunción de conocimiento del vicio, cuanto la imposición de un especial grado de diligencia: el examen de las cosas según la pericia propia de su arte. Diligencia que se justifica porque mediante el ejercicio de una profesión o arte, el vendedor está prometiendo tácitamente la idoneidad de la cosa (100). Así, la venta puede hacerse «*tanquam haeres*» (al

(95) Véase DE LARRIATEGUI & COLÓN, F., *De praestatione culpa in contractibus et quasi contractibus, actionibus realibus ac arbitrariis, & de culpa gradibus*, Pinciae 1678, sect. 16, n.º 6: «Ignorantia lethalis hervae in levem culpam imputari nequit: quia pucissimi homines sunt, qui malam herbam agnoscunt (...) maxime si in eodem saltu alia pecora pasta fuissent; & nullo morbo laborasset. At doliorum vitum (...) quicumque diligens paterfamilias noscit (...) unde tale vitium locator nosse & de eo conductorem certiorare debuit: quia contrarium levis culpa»; y n.º 8: «quod conductoris aut emptoris interest teneantur venditor, vel locator vitiosi dolii sive sciant, sive ignorent vitium (...). Quod si pecus morbosum aut tignum vitiosum veneat, vel locetur simpliciter ab ignorante vitium illud; non est tam culpabilis ignorantia: quia tignum & pecus tale tignum & pecus est, potestque servire». Se trata de una manifestación aislada de la culpa «in contrahendo» en la doctrina española.

(96) Véase MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 5 y 49 principalmente.

(97) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 55.

(98) SCACCIA, ap. VII, gl. 7, n.º 81, *in fine*.

(99) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 49: «etiamsi venditor vel locator non fuerit in dolo sed ignorans»; n.º 51: «tenebitur etiam ignorans».

(100) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 5: «cum esses faber mateririis harum peritiam profitens, assevisisti esse idonea ad fulciendam, vel construendam domum meam, in

que se exige sólo la diligencia propia de un padre de familia) o como profesional, en cuyo caso se le exigirá la pericia propia de su arte u oficio (101):

— La ignorancia del vicio se califica de culpa. Es la inobservancia inexcusable de la pericia que se debe aportar en los tratos precontractuales (102).

— Esta culpa hace responsable al perito de todos los perjuicios causados por el vicio, en las cosas del comprador. La promesa de la idoneidad de la cosa conlleva una asunción del peligro futuro e incierto, en los bienes del comprador (103). Es decir, es «casus incertus» porque para el vendedor, por razón de su profesión, todos los daños son previsibles (104). Se deberá no sólo el valor del tonel o de la viga, sino todo el perjuicio sufrido por el comprador: valor del vino perdido o de la casa derrumbada, sin que el montante de la indemnización se limite al duplo del precio de la cosa (105).

Visto el concepto del casus «sponsio artis», es posible deslindar los supuestos que no encajan en él. Supuestos en que la ignorancia del vendedor determinará la sola devolución del «quanto minus»:

quam prompte indigebam, cuius ruinam & detrimentum propter vitium eorundem tignorum passus sum, teneris in id quod mea interest idonee venisse, est tua affirmatio expressa, vel etiam resultans es professione tua, & quod scienter vendebas ad finem futurae, & contingentis domus, & in imminente periculo, & peritasti» y n.º 49: «& sic hanc artem vel negotiationem exercendo, si non semper expresse, saltem semper tacite ipso facto, & ex professo affirmat vasa ad usum, ad quem prostant, vaeneunt, vel elocantur, idonea, integra esse».

(101) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51.

(102) MOLINAEUS, n.º 49: «Si igitur vitiosa sint culpa est valde notabilis (...) & tanto notabilior & periculosior, quanto magis publica & in arte & professione sua, de qua publicum consistendum est»; n.º 51: «tenebitur etiam ignorans de detrimento ruinae domus vitio tigni secutae, & sic data paritate terminorum, erit idem quod in vasis fuit enim in culpa errando in arte & professione sua, & alios decipiendo...»; véase POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 163: «... cette ignorance de sa parte ne seroit pas excusable dans un homme qui fait profession publique d'un état ou d'un art: "Imperitia culpae annumeratur"»; 1.132, ff. de R.J. «En me vendant ces étais pour mon bâtiment, et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étoient pas».

(103) «Susceptiōni periculi», MOLINAEUS, n.º 55.

(104) MOLINAEUS, n.º 5 y 49: «Attende causam ex qua vascularius obligatur ad interesse totius effusi liquoris: est enim culpa hujusmodi, quae non respicit ipsum solum corpus principaliter in dispositionem deductum, sed expresse ab initio praevisum aliarum rerum periculum», y más abajo: «Tum culpa non respicit nudum corpus vel usum vasis, sed periculum liquoris infundendi. Scit enim vascularius, vel scire debet fore, ut cum vase (si vitiosum sit) liquor pereat, suaque expressa vel tacita affirmatione secum contrahentem in illud periculum inducit. Hoc ergo periculum (non corpus vasis dumtaxat) est verum, proprium & specificum objectum dictae culpae, & incertum, non solum an eveniat, sed etiam in quantitate & qualitate futuri eventus. Et sic iste casus interesse cum non habeat initio pro objecto rem certam principaliter in contractum deductam, sed periculum incertum, spectat ad casus incertos».

(105) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 60; POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 165.

- Así, el paterfamilias que vende no «*tantum ejus professionis sed tanquam haeres*», lo hace indiferentemente o incidentalmente, sin asegurar la idoneidad de la cosa (106).
- Si la venta no tiene por finalidad un uso concreto, sino que se realiza «*tanquam materia*» (aunque el vendedor sea «*faber materiarius*»), el vendedor excluye su responsabilidad porque se entiende que se desprende de una cosa inidónea para su uso habitual (107).
- Asimismo, la venta de objetos que el vendedor tenía reservados para su uso particular, ante el ruego del comprador, y al mismo precio por el que los adquirió (108).

Existen, sin embargo, unos límites a la responsabilidad del perito. Si a la culpa de vendedor (que entrega cosa no apta para su uso normal) se suma la culpa del comprador que además la destina a un uso no habitual, el resarcimiento exigible sólo alcanzará al daño que esté en relación con el uso normal de esta cosa, pero no el que resulte del uso imprudente (109).

5.3.2. La evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas

a) La imputación de responsabilidad al vendedor de buena fe

Consiste en el rechazo de cualquier presunción de mala fe, y en la interpretación del art. 1646 del Código civil francés en base a las reglas generales de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1150 Code); en cambio, el art. 1645 se correspondería con el art. 1151 (110). En base a la mencionada relación, la expresión del

(106) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 76.

(107) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51 y 54; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 74, 75, y 82.

(108) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 52; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 77 y 78. Cabrá la cesión de acciones al comprador, a menos que el vendedor prefiera actuar contra el primitivo vendedor: MOLINAEUS, n.º 53; SCACCIA, n.º 79 y 80.

(109) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 61 y 62; POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 163.

(110) Art. 1646: «Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionés par la vente».

Art. 1150: «Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée».

Art. 1645: «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

Art. 1151: «Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée per le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

art. 1646 «il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les *frais* occasionés par la vente» debería interpretarse como sigue:

- El vendedor de buena fe (que ignora el vicio) responderá de los «*frais*», es decir, de los daños y perjuicios intrínsecos, o previsibles («*damnum emergens*», al que se añadirían los gastos del contrato) (111).
- La única relevancia del art. 1645 residiría en la imputación de los daños sobre los demás bienes, al vendedor que conocía el defecto («*lucrum cessans*») (112).

La formulación de esta teoría encuentra su mejor manifestación en Laurent (113), es acogida en algunas sentencias (114) y cristaliza finalmente en la jurisprudencia (115).

Esta interpretación, aunque gozará del favor jurisprudencial, no será mayoritaria en la doctrina (116) y resultará muy criticada (117). A grandes rasgos, el contenido de las divergencias es el siguiente:

(111) Así lo expresan, aunque sin compartir la opinión: DE BERNON, *ob. cit.*, p. 187; BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit civil*, T. III, París, 1901, n.º 437, pp. 456-457; LIMPENS, J., *La vente en Droit belge*, Bruxelles-París, 1960, n.º 166, pp. 369-370; MAZEAUD, *La responsabilité civile du fabricant*, R.T.D.C., 1955, p. 288; GORLA, *ob. cit.*, pp. 242-243, nota 12; AMAUDRUZ, *ob. cit.*, p. 148; GRUBER-MAGITOT, S., *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en Droit anglais et en Droit français*, París, 1978, p. 65. Comparten la opinión: AREF, *ob. cit.*, p. 103; NANA, G. J., *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, París, 1982, p. 96.

(112) PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français, avec les concours de J. Hamel*, París, 1956, n.º 134, p. 152; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 166, p. 371.

(113) LAURENT, *ob. cit.*, T. XXIV, n.º 294 y 295, pp. 288 a 291; véase también DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, París, 1819, T. III, p. 382, nota 6 y T. II, p. 744, nota 2; GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. 1, París 1890, n.º 463, aunque con matices, porque también acoge la presunción de conocimiento del vicio por el perito; DE BERNON, *ob. cit.*, pp. 187-188.

(114) Véase en GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, París, 1962, p. 340, nota 60.

(115) Véase Arrêt de la Cour de cassation de 21 oct. 1925 en MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 228, notas 8 y 9 y pp. 234 y ss.; OVERSTAKE, J. F., *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, R.T.D.C., 1972, p. 502, nota 47.

(116) *Della vendita ovvero commentario sul Titolo 6, libro 3 del Codice civile*, trad. V. De Matteis, Napoli, 1845; TROP LONG, p. 369, n.º 573 «se è stato in buona fede, cioè s'ah ignorato i vizii da quali la cosa era affetta, deve restituire il prezzo che ha ricevuto, ma senza danni ed interessi». Por nota TROP LONG, cita a DUMOULIN (recuérdese el n.º 4 del *Tractatus de eo quod interest*, donde este autor dice expresamente que el engaño en la cosa no es un «casus», y no determina indemnización del interés), y en el mismo sentido, a CUJACIO, y a POTHIER, limitando sus consideraciones a los efectos de saneamiento. Véase también a DUVERGIER (TOULLIER), *Il Diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, t. 4, Napoli, 1839, n.º 411-412, pp. 362-363; LEVAVASSEUR, *ob. cit.*, pp. 173-174; LABATUT, E., *Le préteur et l'edit. La garantie en matière de vente. Les vices cachés*, Toulouse (tesis), p. 64.

(117) Crítica iniciada por JOSSERAND: «cette thèse, contraire à la tradition, au texte de l'article 1646, et à l'intention des parties, doit être rejetée; la maintien indéfini de la

- La interpretación de los «frais» no responde a la voluntad del legislador (118). Podemos añadir las palabras de Faure en su relación a la Asamblea General, donde, después de explicar el contenido de las acciones redhibitoria y «quantí minoris», añade «On suppose que el vendeur ignorait lui-même les vices. S'il les connaîssait, sa mauvaise foi doit le forcer à réparer tout le prejudice que l'acheteur peut avoir souffert» (119).
- La interpretación amplia de los «frais» reduciría el ámbito del artículo 1645 la responsabilidad por el «lucrum cessans», y borraría las diferencias, a nivel práctico, entre los arts. 1645 y 1646 (120).

Creemos que es necesario insistir, además, en dos puntos importantes: Por un lado, se demostrará que la vinculación entre los arts. 1646 y 1151 es errónea, por otro, se recordará que el abono de los gastos es un contenido específico de la redhibición.

La interpretación del art. 1646 en relación con el art. 1150 del Código francés es incorrecta porque el art. 1646 no contiene la aplicación de una norma general, sino los efectos propios de la redhibición. Creemos que dicho punto de vista proviene básicamente de un error de Laurent en la interpretación de Pothier. Pothier afirma que los daños intrínsecos o «propter ipsam rem non habitam», son aquellos sufridos en la cosa misma (121). Y ello como consecuencia del incumplimiento de la obligación (o de la evicción). En sede de garantía, Pothier opone la responsabilidad por los daños extrínsecos al contenido de la garantía, sobrentendiéndose que este contenido son las acciones redhibitoria y estimatoria, y que no hay indemnización por daños y perjuicios más que cuando concurre dolo. Pero utiliza una terminología equívoca: «Il faut à cet égard, distinguer le cas auquel il en avait connaissance. Dans le premier cas, la garantie ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue». Expresión que si bien se puede confundir con el contenido del art. 1150, queda perfectamente aclarada por el texto que la sigue: «Le vendeur est obligé de rendre à l'acheteur le prix qu'il lui en a coûté pour l'avoir, et il n'est pas obligé à la réparation du dommage que le vice de la chose

pleine responsabilité du vendeur, à raison d'une chose dont il n'est plus le propriétaire, ni le gardien, est contraire aux principes généraux du droit» (Reg. 21 oct. 1925, rapport Célice, note L. Jossierand, D. P. 1926, 1, 9). Véase *Cours de Droit civile positif français*, T. II, París, 1933, n.º 1121, p. 589.

(118) MAZEAUD, *op. cit.*, 1955, p. 288; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 372, p. 166; GORLA, *ob. cit.*, p. 242.

(119) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Discussions, motifs, rapports et discours* (Reimpr. ed. 1827), T. XIV, Osnabrück, 1968, p. 169.

(120) GROSS, *ob. cit.*, p. 241; AMAUDRUZ, *ob. cit.*, p. 120; GORLA, *ob. cit.*, pp. 242 y 244.

(121) POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 161, y *Tr. vente*, n.º 73.

vendue a causé à l'acheteur dans ses autre biens...» (122). Asimismo, prosigue: «... le vendeur, qui n'a eu ni la connaissance, ni aucun juste soupçon du vice rédhibitoire, n'est tenu à autre chose qu'à rendre le prix à l'acheteur, qui doit lui rendre la chose, et il n'est aucunement tenu du dommage que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens» (123). Pothier no da en ningún momento un contenido amplio a la garantía, en el sentido que debiera comprender el saneamiento y la indemnización del interés. La expresión «ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue» tiene que conectarse más bien a la expresión tradicional «deceptio re ipsa» (que como se recordará aún utiliza Domat), sin necesidad de buscar en ella ninguna revolución en el significado de la expresión «garantie» (124). La interpretación de Laurent vino propiciada seguramente por la confusión conceptual, propia de la escuela de la exégesis, entre saneamiento y obligación de entrega, entre saneamiento e incumplimiento (125), y por la muy particular interpretación de Pothier acerca de los «frais» o gastos del contrato (126).

La interpretación de los «frais» debe limitarse al contenido de la redhibición, que consiste en la devolución de la cosa a cambio del precio, junto con el abono de los gastos del contrato. En este sentido, se ha dicho acertadamente que el art. 1646 francés proviene más de Domat que de Pothier (127). El abono de los gastos es un efecto necesario de la redhibición, la cual tiende a la recuperación de la situación anterior a la celebración del contrato, eliminando todas las manifestaciones de éste.

(122) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 213.

(123) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 216; véase también n.º 218.

(124) Así, no constituye un nuevo significado, sino una inexactitud en el empleo de la terminología jurídica, la tendencia a afirmar que en el comodato, la garantía sólo abarca la indemnización del interés si el comodante conocía el vicio de la cosa prestada: véase PONT, *ob. cit.*, n.º 58, p. 129; inexactitud en la que no cae, en cambio, LAURENT, *ob. cit.*, T. 26, n.º 483, p. 492.

(125) LAURENT, *ob. cit.*, T. 24, n.º 277, p. 272, y n.º 289, p. 286, en relación a número 294, p. 289.

(126) Los gastos del contrato, al no ser propiamente objeto de las prestaciones, presentaban una dificultad para ser admitidos como objeto de la restitución. POTHIER salva la dificultad concibiéndolos como un contenido muy limitado del interés (*Tr. vente*, n.º 73 y 132): serían un perjuicio que excede del precio pagado, pero que no es debido por culpa. Así, se deduce que la buena fe limita el contenido de la indemnización a los gastos del contrato (*ibid.* n.º 381).

(127) LIMPENS, *ob. cit.*, p. 167, n.º 376 bis; MAZEAUD *La responsabilité ... cit.*, página 615; CARBONNIER, J., *L'étendue de la réparation à laquelle le vendeur de bonne foi peut être obligé, en vertu de la garantie des vices cachés*, R.T.D.C., 1959, p. 340.

Según DOMAT *Lois*, T. 1, tit. 2, sect. XI, n.º 6: «Dans ce même cas où les défauts de la chose vendue ont été inconnus au vendeur, il sera tenu non seulement de reprendre la chose ou diminuer le prix, mais aussi de désintéresser l'acheteur des frais à la vente aurait pu l'engager, comme des dépenses pour les voitures, des droits d'entrée ou d'autres semblables».

Entre ellas podemos contar el desembolso de unas cantidades dirigidas a la perfección del contrato, y que en ningún momento son consecuencia de los daños que causa el vicio, cuando aparece, en el patrimonio del comprador.

b) La responsabilidad del perito

Se observa un giro jurisprudencial sobre los años 50 que se hace eco de las críticas recibidas por la interpretación amplia del art. 1646 y situará dicho artículo en sus justos límites (128). La expresión «frais» reencuentra su sentido originario y se elige la vía del art. 1645 para construir la responsabilidad del vendedor. Su ámbito de aplicación se ampliará para alcanzar no sólo al vendedor doloso que calla el vicio, sino también a los vendedores profesionales que deben conocer el vicio por razón de su profesión (129). Se dice que el vendedor profesional incurre en negligencia grave al ignorar el vicio (130). La prueba de la negligencia plantea un problema en el que no vamos a ahondar: el de determinar si se presume la mala fe del fabricante, lo que constituiría una presunción sin ley, como ya ponía de manifiesto Laurent (131), o si el comprador tiene que demostrar la negligencia del profesional (132).

Este giro jurisprudencial se acompaña de una tendencia a generalizar y creer que el art. 1646 se aplica a los particulares y que la dureza del art. 1645 debe limitarse a los profesionales (133).

(128) LIMPENS *ob. cit.*, n.º 376 bis, p. 167; CARBONNIER *ob. cit.*, p. 340; GROSS *ob. cit.*, pp. 342-343; AMAUDRUZ *ob. cit.*, p. 120. Arrêt de 24 de noviembre de 1954; de 10 de febrero de 1959, y de 4 de febrero de 1963.

(129) MAZEAUD *La responsabilité...*, cit., p. 616; OVERSTAKE *ob. cit.*, p. 66; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO *ob. cit.*, pp. 289-290.

(130) GORLA *ob. cit.*, p. 250; GRUBER MAGITOT *ob. cit.*, p. 66.

(131) LAURENT *ob. cit.*, p. 291, n.º 295.

(132) BAUDRY *ob. cit.*, p. 455, n.º 436; MAZEAUD *Leçons...*, cit., p. 235, n.º 229, y *La responsabilité...*, cit., p. 617; OVERSTAKE, *ob. cit.*, pp. 501 y ss., n.º 43 a 48 bis; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 381, p. 169.

Para solventar este interrogante se llega a fundamentar la responsabilidad en un incumplimiento de una obligación de conocer el vicio por razón de la profesión (GRUBER-MAGITOT *ob. cit.*, p. 67) o en la elaboración de una obligación de resultado (STELLA-RICHTER, G., *La tutela del consumatore in una moderna giurisprudenza in tema di garanzia per i vizi occulti*, R.T.D.P.C., 1978, p. 1792).

(133) AMAUDRUZ, *ob. cit.*, pp. 146-147; MALINVAUD, Ph., *I vizi redibitori e il loro ruolo nella vita moderna*, en «Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa» a cura di G. Alpa e M. Bessone, Milano, 1980, p. 253.

El art. 1721,2 no planteó los mismos problemas que los arts. 1645 y 1646 porque su redacción no distingue entre la buena o mala fe del arrendador (GROSS, *ob. cit.*, p. 343). El arrendador siempre deberá indemnización, pero la buena o mala fe se tendrá en cuenta pa-

Entre la doctrina española Rojo propone una interpretación del artículo 1486 del Código análoga a la llevada a cabo con el art. 1645 del Código civil francés (134). Esta opinión, a pesar de distanciarse del contenido literal del art. 1486,2, era ciertamente atractiva. Creemos que actualmente, el contenido de la propuesta ha quedado parcialmente superado por los arts. 2, párr. 1.c) y 11 párr. 3.c) de la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984.

ra determinar la extensión de la indemnización (art. 1150) (GUILLOUARD *Tr. louage*, número 125, p. 141).

(135) ROJO, *ob. cit.*, p. 289: «Sin embargo, a nuestro juicio, el camino no consiste en afirmar la compatibilidad entre los artículos 1101 y 1486, II Cc., sino en la interpretación progresiva de este último precepto, con idéntica decisión a la de la jurisprudencia francesa». Así, p. 290: «Cada vez que como consecuencia del uso o consumo de un producto defectuosamente fabricado se produzca un daño a la persona que lo ha adquirido directamente del fabricante, bien en su integridad psicofísica, bien en otros bienes de su propiedad, bien en su patrimonio, encontrará aplicación el art. 1486,II C.C.»