

## La «garantía» del artículo 11 LCU

Por TOMAS RUBIO GARRIDO

Departamento de Derecho civil. Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** Introducción.—Parte I: Naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU.—1. Dificultades dogmáticas para apreciar un caso de responsabilidad contractual. 2. La garantía como obligación de reparar y/o sustituir. 3. La garantía como expresión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por responsabilidad precontractual. 4. La garantía como imputación legal de riesgos, extramuros de la responsabilidad contractual. 5. La garantía como responsabilidad contractual.—Parte II: Régimen jurídico de la «garantía» del artículo 11 LCU. 6. Ambito objetivo de aplicación. 7. Vicios o defectos cubiertos por la garantía. 8. Carácter originario del vicio. Carga de la prueba. 9. A) Contenido de la garantía. B) La exigibilidad de daños y perjuicios en el seno de la garantía. 10. El plazo de la garantía.—Conclusión.

### INTRODUCCION

El artículo 11 LCU ha sufrido hasta ahora, a mi juicio, un claro desenfoque doctrinal: en él se suele ver una figura autónoma y novedosa, creada en aplicación de los «modernismos» principios de tutela al consumidor.

Este punto de vista quizá venga motivado por el uso legal de un término —garantía—, que, en este terreno, nunca ha sido tradicional en nuestro derecho, procediendo, más bien, de la praxis mercantil y de legislaciones foráneas, cuya influencia se acrecienta a través del crisol jurídico que implica el surgimiento del Derecho comunitario (*garantie, garanzia, warranty*).

Pero, si nos despojamos del influjo enmascarador del término, en boga últimamente, observaremos que el artículo 11 LCU contempla un conflicto de intereses clásico en nuestro ordenamiento, y que

---

(\*) Las citas de doctrina se hacen abreviadamente y con referencia a la relación bibliográfica desarrollada que se incluye al final del trabajo.

es una constante histórica desde el Derecho Romano: la tutela de todo comprador respecto a la calidad e idoneidad de los bienes que adquiere. Es el mismo conflicto de intereses subyacente a las acciones edilicias romanas, y es el mismo regulado por la obligación de saneamiento del Código civil (a la que también se remite el C. com.). Advertimos que no en vano esta «garantía» surge en el ámbito mercantil, a principios de siglo, como pacto lícito modificativo de la obligación de saneamiento al amparo de su normal dispositividad.

Basta ojear tratados clásicos de la época: FUBINI, p. 487 y ss.; ANGELONI, p. 173; TARTUFARI, p. 757...

Según CARLON, sostiene todavía esta visión HEMARD, RIPERT/ROBLOT, VAN RYN y VIVANTE, entre otros (CARLON, p. 51).

A nivel jurisprudencial es muy interesante la STS de 6 de mayo de 1911, donde textualmente se afirma «esta garantía natural y corriente (la ofrecida por el vendedor de la maquinaria), en cuanto *integraba* la obligación legal que todo vendedor tiene de sanear la cosa vendida sin que sobre ella recaiga pacto especial...»

Por ello, discurrir sobre la naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU es, pese a su aparente banalidad, pisar lugar sagrado: de sobra es conocida la riqueza y altura dogmáticas de la elaboración doctrinal en torno a la naturaleza de la obligación de saneamiento por vicios ocultos.

No ser conscientes de ello en el análisis del minúsculo artículo 11 LCU, sólo puede conducir a errores de óptica, como igualmente a ello conduciría un apego excesivo al conceptualismo propio de esta materia. Por ello, me propongo analizar la naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU, en conexión íntima con los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, en la primera parte del trabajo, para procurar, a continuación, en la segunda, verificar la validez de las conclusiones extraídas, en el implacable banco de pruebas que es el análisis de su régimen jurídico.

## I. NATURALEZA DE LA «GARANTIA» DEL ARTICULO 11 LCU

1. De entre las interpretaciones que en torno al concepto de «garantía» (obligación de saneamiento) se han ofrecido, destaca aquella que entiende que nos encontramos ante un mero supuesto de responsabilidad contractual. Tradicionalmente minoritaria, hoy, sin embargo, a diferencia de las que potencian el plano del consentimiento y la faceta subjetiva y voluntarista del supuesto de hecho, tiende a reforzarse, porque comienzan a superarse los gravísimos obstáculos dogmáticos con los que se siempre se ha enfrentado, a saber:

a) Toda manifestación de responsabilidad se ha hecho siempre

descansar sobre el fundamento inexcusable de la culpa (o de su «hermano mayor», el dolo), siendo así que la obligación de saneamiento del Código y esta «garantía» del artículo 11 LCU prescinden nítidamente de un tal presupuesto.

De aquí que se viera en la obligación de saneamiento una figura especial y excepcional, ajena a la responsabilidad contractual, y de aquí que se extendiese un típico argumento tautológico: la entrega de una cosa defectuosa no implica incumplimiento, porque no genera los efectos típicos de éste (indemnización [art.1.101 C.c.] y resolución [art. 1.124 C.c.] o la acción de exacto cumplimiento, sino «sólo» las acciones edilicias). Como pone de relieve MORALES, quedaba por demostrar que estas acciones no fuesen precisamente la forma especial de sancionar en este caso el incumplimiento, posibilidad que se desechaba apriorísticamente, al no exigirse la culpa para su juego (MORALES [I] p. 665). Es justamente esta propugnada excepcionalidad la que motiva el uso del término «garantía» en otras legislaciones, para englobar a éste y otros supuestos donde la culpa no podía explicar por qué se *respondía*. Y será sobre la base de esta pretendida excepcionalidad cómo se precluya todo intento de interpretación extensiva de su régimen jurídico, porque la obligación de saneamiento representa, en suma, una norma *odiosa*.

b) En un contrato de compraventa cuyo sinalagma obligacional se reducía al esquema entrega/pago del precio, era muy difícil identificar una obligación de entregar una cosa exenta de vicios o dotada de las cualidades esenciales de idoneidad (pensemos que era árdua incluso la construcción de una obligación del vendedor en relación con el efecto transmisivo) (MARTORANO, p. 61; COSTANZA, p. 154).

A ello se añadía la concepción clásica de la obligación, con un objeto consistente en un comportamiento debitorio, que se ha de realizar en la fase de ejecución del contrato. A la luz de esta concepción, se solía decir que, en la compraventa de cosa específica —observemos que en la de género los reparos han sido siempre menores, lo que no parece justificarse en ninguna diferencia en el conflicto de intereses planteado—, el vendedor sólo se obliga a entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1.468 C.c.), de modo que hablar de una obligación del vendedor de entregar una cosa sin defectos, cuando ésta es defectuosa ya al tiempo de celebrar el contrato, supone construir una obligación originariamente imposible, lo que impide toda aproximación a la responsabilidad contractual (así, MORALES [I] p. 665; R. BERCOVITZ [I] p. 799; MENGONI [III] p. 3; LARENZ, página 54).

c) La tradicional exigencia de la preexistencia, a la celebración del contrato, del vicio o defecto, puesto que «los vicios posteriores nos sitúan o ante un problema de riesgo (art. 1.452 C.c.) o ante un problema de responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa

(art. 1.094 C.c.)» (MORALES [I] p. 633), constituía un dato que impelía a la doctrina hacia terrenos ajenos a la ejecución de un contrato, ya fuesen los relativos al plano de la formación del consentimiento, ya los referentes a deberes y responsabilidades precontractuales.

d) La reconducción de la obligación de saneamiento a la responsabilidad contractual, hubiese sido desastrosa para la necesaria tutela del adquirente, puesto que ésta siempre se ha visto tendencialmente dispositiva y, por tanto, facilitadora de pactos exoneratorios o minorativos para los enajenantes. Aparte de que, al estar basada en la culpa, con ello se habría obligado a todo adquirente a realizar una prueba cumplida de tal elemento, con el consiguiente menoscabo de su protección (todavía con esta concepción, por todos, CARLON, p. 45).

Todas estas dificultades, *grosso modo* expuestas, dan cuenta de por qué la doctrina precisa de sutiles razonamientos que, desvinculados de la responsabilidad contractual, expliquen, pese a ello, cómo los efectos que siguen a un supuesto de vicios ocultos son análogos a los típicos de la responsabilidad contractual. Dificultades que intentaré allanar mediante la crítica a las interpretaciones que, o han surgido ya, o probablemente surgirán, sobre la «garantía» del artículo 11 LCU.

2. Mayoritaria es la opinión que ve en la «garantía» una obligación legal que nacería cuando se descubre un vicio o defecto en el producto adquirido, y cuyo contenido consistiría en la imposición al vendedor de las prestaciones positivas de reparar y, eventualmente, de sustituir la cosa vendida.

Así PARRA, p. 536; GROSS, p. 149; ANCEL, pp. 212 y 214, quien llega a entender que la garantía no es sino la prestación gratuita por el vendedor del servicio post-venta; y CARLON, *passim*, particularmente pp. 42, 47, 48 y 61. En la página 76 define expresamente como obligación derivada de la «garantía», la de asistencia técnica post-venta, lo que, a mi juicio, es un error que debe ser advertido, toda vez que el art. 11 LCU regula esta figura en sus párrafos 4.º y 5.º. Estos párrafos, sin embargo, poco tienen que ver con la «garantía» *stricto sensu*, regulada en el 11,2 y 11,3 LCU, como aplicación del importantísimo mandato del 11,1 LCU, y sólo consagran la obligación legal de que todo vendedor profesional disponga de un servicio post-venta, del que surgirán contratos ordinarios de reparación o mantenimiento, que deberán ajustarse, en su contenido, a lo ordenado por el art. 11,4 LCU. Cosa distinta es que todo vendedor al que se exija la reparación, en aplicación de la «garantía», use —evidentemente— de sus propios servicios técnicos. O sea: no todas las reparaciones que se efectúen mediante ese servicio derivarán de la aplicación de la «garantía». Y lo mismo dígase respecto a la obligación del vendedor profesional de disponer durante un plazo determinado de repuestos (art. 11,5 LCU).

Con esta concepción de la «garantía», sólo tras la «infracción» de estas obligaciones autónomas de reparar o sustituir, es posible apre-

ciar incumplimiento del contrato y, por tanto, sólo a partir de este momento es posible pedir, bien la resolución del contrato (más los daños y perjuicios que conformen el interés contractual negativo), bien el exacto cumplimiento (más los daños y perjuicios que completen el interés contractual positivo).

PARRA (p. 537) llega a exigir, en concreto, para el acceso a la resolución el famoso requisito (hoy insostenible en su acepción psicologista [cfr., por todos, F. JORDANO I p. 311] de la voluntad rebelde del vendedor en la realización de la reparación o la sustitución.

En un plano general, es ésta la opinión de DÍEZ PICAZO: ante una prestación defectuosa, la acción resolutoria sólo está justificada cuando el deudor no se allana a satisfacer la prestación de rectificación o de corrección (DÍEZ PICAZO, p. 872).

En cualquier caso, esta forma de concebir la «garantía» no carece de fundamento, ya que hunde sus raíces en la tradición romanística: adviértase que en el Derecho Romano una de las vías que el *ius civile* ofrecía para proteger a un adquirente era la constitución de una *stipulatio*.

La *stipulatio*, que presenta un carácter claramente aseguratorio, parece empezar a aplicarse en esta materia porque la *mancipatio*, por ser un acto instantáneo, no permitía el juego de un típico mecanismo obligatorio. Por ello, el comprador, si quería protegerse frente a la eventualidad de que la cosa vendida no fuese sana o idónea, debía conseguir que el vendedor constituyese tal *stipulatio*.

Con posterioridad en el Edicto edilicio se impone al vendedor la obligación de constituir esa *stipulatio*, siempre que a ello le inste el comprador; y se establece que, habiéndolo éste pedido, y habiéndose a ello negado el vendedor, el comprador disponga de una acción redhibitoria para resolver el contrato, ejercitable en el plazo de los dos meses posteriores a la perfección del mismo; todo lo cual comenzaba a conferir una cierta autonomía a la obligación del vendedor de constituir esta *stipulatio*.

Finalmente, a medida que la *mancipatio* fue cayendo en desuso, y se fue «consensualizando» el contrato de *emptio-venditio*, la constante necesidad práctica de tutelar al comprador, hace que se considere emanada del propio contrato *ex fide bona*, la obligación posterior del vendedor de constituir la *stipulatio* contra los vicios ocultos (*stipulatio sanum esse*), ya en el ámbito del *ius civile* y no sólo en el restringido ámbito de aplicación del Edicto edilicio. (Para más información, *vid.*, ARANGIO RÚIZ, p. 355 y ss., y FUBINI, p. 15 y ss.).

Arraiga así la peculiar configuración de la obligación de saneamiento como obligación autónoma del vendedor, ajena al sinalagma del contrato, cuyo juego queda condicionalmente sujeto a que se produzca un evento típico objetivo (vicios ocultos, evicción), que aún

es el esquema a que parecen responder los arts. 1.461, 1.474 y 1.485 Código civil.

En la concepción de la obligación de saneamiento por vicios ocultos como dotada de un contenido positivo *in conditione*, influye sin duda su tradicional emparejamiento con el supuesto de evicción, donde la identificación de ese contenido positivo ha sido siempre menos espionosa (aunque quizá no acertada), gracias al amparo judicial que el vendedor debe ofrecer al comprador, una vez que éste le llame en causa (art. 1.481 C.c.), tras ser perturbado en su posesión legal y pacífica de la cosa vendida. Es muy significativo que, justamente es en ese contexto (obligación de saneamiento por evicción) donde surge el vocablo «garantía», que sólo en época reciente fue atribuido por extensión al supuesto de vicios ocultos, para explicar más fácilmente por qué en este caso el vendedor *responde* sin precisarse una culpa suya.

Sin embargo, a esta concepción hemos de objetar:

a) La acción de reparación y la de sustitución no son sino el contenido propio de la acción de exacto cumplimiento, que es una de las medidas generales que un acreedor insatisfecho puede solicitar como parte principal de su pretensión resarcitoria (resarcimiento en forma específica), generalmente acompañada de la petición de los daños y perjuicios, probados, derivados del retraso, que completan el interés contractual positivo (COSTANZA, P. 156; BIANCA [I] p. 262; R. BERCOVITZ [I] p. 814). Ver, pues, en estas acciones una nueva obligación autónoma, es recurrir a un mecanismo falaz, multiplicador de las obligaciones de forma innecesaria: la acción de exacto cumplimiento no es sino el desarrollo ulterior de la obligación originaria única, que procede una vez verificado el incumplimiento del deber prestacional que tiene por objeto. Basta, por consiguiente, invocar esta obligación básica incumplida para tener el fundamento de este pretendido contenido positivo de la «garantía».

b) Con esta construcción el pregonado reforzamiento de la posición del adquirente —inherente a la noción técnica de garantía— se convierte en un enigma. Lo que aquí se llamaría «garantía», no diferiría de los efectos típicos de todo incumplimiento, que tienden siempre a garantizar la posición del acreedor, de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas (F. JORDANO [I] p 34). Se trataría de una «obligación de garantía» asumida por, o impuesta al *ya* deudor y, por tanto, del absurdo (por ocioso: albarda sobre albarda) de una garantía personal de la propia obligación (Cfr. las agudas observaciones de RUBINO, P. 634; FRAGALI, p. 449; y MORALES [I], p. 680).

c) Si nos encontrásemos ante una obligación con fuente propia y desarrollo autónomo ¿por qué deberíamos remitirnos al contrato para determinar si hay o no vicio o defecto? ¿por qué el incumpli-

miento de esta obligación —accesoria— puede llegar a desembocar en la resolución del contrato principal?

d) Si nos encontrásemos ante una obligación con fuente propia y desarrollo autónomo, habría que admitir (aunque en un plano teórico, pues la obligación de reparar parece presentarse siempre como un *facere* fungible) que, en caso de sobrevenida imposibilidad de esta obligación, no imputable al vendedor, el comprador quedaría desprovisto de toda tutela, lo que es negado por la mayoría de la doctrina. Y lo es, porque el incumplimiento *ya se ha verificado*: la entrega, posterior al contrato, de la cosa con el vicio o defecto preexistente al mismo. En realidad, en el hipotético caso de que la acción de reparación y la de sustitución deviniesen sobrevenidamente imposibles, el comprador podrá acudir, bien a la resolución del contrato (más los daños y perjuicios que conforman el interés contractual negativo), bien exigir el pago por equivalente (que es primera —pero no única— partida del interés contractual positivo) más los daños y perjuicios, probados, que completen ese interés contractual positivo, derivados generalmente del retraso (Admiten la liberación del vendedor ante la imposibilidad sobrevenida que no le sea imputable de las obligaciones de reparar o sustituir, PARRA, p. 537 y CARLÓN, p. 81).

e) En cuanto a los arts. del Código que parecen responder al esquema diseñado por esta concepción, es cierto que el art. 1.461 dice que el vendedor queda *obligado al saneamiento* de la cosa. Sin embargo, observemos que, a tenor del art. 1.474 C.c. «el saneamiento a que se refiere el art. 1.461» consiste en que «el vendedor responderá al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviese la cosa». Es decir, con el art. 1.474 *in mente*, el art. 1.461 está estableciendo que el vendedor *queda obligado a responder* al comprador de los vicios o defectos ocultos de la cosa (definición y llana de responsabilidad contractual).

No obstante, el art. 1.485 parece un obstáculo insalvable, al decir que el vendedor responde al comprador del *saneamiento* por los vicios o defectos ocultos de la cosa. Pero la redacción de este art. no aparece en los Proyectos de 1836, 1851 y 1882, cuyos arts. paralelos decían todos exactamente lo siguiente: el vendedor *deberá sanear* al comprador por los vicios o defectos ocultos. Es decir, con el art. 1.474 *in mente* (que, éste sí, se mantuvo incólume a lo largo de todo el *iter* formativo del Código), el actual art. 1.485 siempre había dicho que el vendedor *deberá responder* al comprador por los vicios o defectos ocultos (nueva definición lisa y llana de responsabilidad contractual).

Luego el influjo del esquema romanista es muy fuerte (llega a motivar la alteración *in extremis* del art. 1.485), pero puramente terminológica: al conectar sistemáticamente los diversos preceptos, tal influjo se disuelve como un azúcarillo.

En conclusión, debemos rechazar la concepción de la «garantía» que la ve como una obligación legal accesoria al esquema del contra-

to de compraventa, cuyo funcionamiento queda sometido suspensivamente a la condición de que se verifiquen determinados eventos sobrevinidamente a la celebración del contrato, y cuyo contenido se sustanciaría en las obligaciones de hacer de reparar y/o sustituir.

Observemos: *i)* que, en esta perspectiva, todo supuesto de responsabilidad contractual no sería sino una obligación positiva de resarcir suspensivamente condicionada al incumplimiento del deudor; *ii)* que, en cuanto a la accesoriedad, ésta hoy no es asumible: ver la obligación de saneamiento (hoy transmutada en «garantía») como accesorio (y, por tanto, como un elemento extracontractual) respondía quizá, de una parte, a la influencia de la concepción romanística a la que hemos aludido, y, de otra, a la tradicional restricción con que se ha contemplado el sinalagma obligacional del contrato de compraventa: razones ambas que, hoy, quedan superadas. Para aquellos que hayan fundamentado la accesoriedad de la obligación de saneamientos en su derogabilidad, baste decir que es justamente este carácter derogable por la autonomía de la voluntad de los contratantes el que, en gran parte, desaparece gracias al art. 11 LCU.

Por último, no debemos pasar por alto que el intento de revitalizar este enfoque clásico al abordar el artículo 11 LCU, responde a otros motivo: *uno empírico*, cual es el intentar restringir al máximo la posibilidad de que el contrato quede resuelto (ya que la resolución del contrato es el remedio verdaderamente odioso para los intereses del sector productivo: la resolución del contrato rompe las cadenas de distribución y circulación de los productos en el mercado, introduce incertidumbre jurídica y económica para las empresas y concede un «excesivo» valor a la mera voluntad, probablemente caprichosa, de un comprador singular) y, además, en el razonamiento en estos autores, se pretende restringir igualmente la exigibilidad de daños y perjuicios, no tanto porque se obstaculiza el acceso a la acción resolutoria (pues los daños y perjuicios pueden ser exigidos con independencia de que se llegue o no a la resolución), cuanto porque la exigibilidad de los mismos sólo procede cuando se haya verificado un incumplimiento imputable, que es esta concepción que criticamos sólo se ve en la falta de (exacta) reparación o sustitución. *Y otro motivo de tipo dogmático*, cual es el de buscar una base más acorde con las nociones tradicionales, donde poder residenciar la procedencia de la acción resolutoria y la exigibilidad de los daños y perjuicios (a ser posible, una «voluntad rebelde» del vendedor). O sea, subyace en esta concepción un motivo inconfesable (aunque legítimo), pero no compatible, y otro dogmáticamente innecesario.

3. Otra posición muy extendida es la de entender que la «garantía» del artículo 11 LCU es una expresión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por una responsabilidad precontractual, ema-

nada del incumplimiento de obligaciones que recaen sobre el vendedor en la fase previa a la conclusión del contrato. Tesis que se asienta en:

i) En el Código la obligación de saneamiento se presenta con un escueto contenido, fundamentalmente restitutorio, que parecería indicarnos que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del artículo 1.452 del Código civil: se trataría del «riesgo de la contra-prestación», soportado por el vendedor, simplemente porque están en cuestión circunstancias anteriores al contrato;

ii) Se concibe la «garantía» como una institución específica, que cumple una función *a se* (conseguir la funcionalidad de los actos de intercambio) y a la cual sería ajena toda consideración resarcitoria (*vid.*, por todos, F. ROMANO, p. 15 y ss.);

iii) El resarcimiento que eventual y « esporádicamente » acompaña al estricto funcionamiento de la «garantía», debe ser justificado extramuros de la misma: por ejemplo, en la mala fe del vendedor, en una manifestación clara de responsabilidad precontractual. Este es el criterio adoptado por el Código, en coherencia con sus presupuestos liberales, que sólo permiten hablar de responsabilidad, cuando se identifique una culpa (o dolo), y que rechazan de plano los tradicionales deberes que el Derecho Intermedio había impuesto a la clase de los vendedores:

Pronto se advirtió, sin embargo, que el criterio del Código no sólo era una mera contingencia histórica, sino que, además, era una contingencia que producía flagrantes injusticias en su aplicación práctica. De entre los intentos que, por distintas vías, se han llevado a cabo para superar el esquema legal (para un somero elenco de los mismos, cfr. punto 9 B >), destacan dos:

a) Retomar la tradicional medieval, frente a la cual el Código representaba una brusca interrupción, de modo que se vuelve a ver al vendedor rodeado de múltiples deberes, deducidos de su posición y función social: la inobservancia de tales deberes reviste tal grado de reproche social, que reclama la imputación (íntegra) de los daños y perjuicios al vendedor que, *además*, entregó una cosa viciada o defectuosa. El cauce técnico que articula esta imputación, sin necesidad de alterar el esquema del Código (aunque se subvierten sus presupuestos ideológicos, hoy indudablemente erosionados), consisten en esgrimir el tradicional adagio *culpa lata dolo aequiparatur*, de modo que la mala fe a la que alude el art. 1.486 C.c., se entienda de forma extensiva, abarcando los diversos supuestos que se califiquen de culpa grave (línea magníficamente abierta por MORALES, [II], *passim*).

b) Dejar al margen el esquema legal, y crear autónomas obligaciones de información, previsión y seguridad, cuyo incumplimiento sea la base (única) del resarcimiento. (Salv. ROMANO, p. 259 y ss.; F. ROMANO, pp. 226 y ss.; R. BERCOVITZ [II], p. 215; VISINTINI [I], páginas 226 y ss., quien, con atinada cautela, nos revela que este modo de abordar el problema arranca de IHERING, pues no es otra la base de su famosa *culpa in contrahendo*, construida, por cierto, sobre ejem-

plos relativos al saneamiento por vicios, y caracterizada por una búsqueda —desesperada— de un incumplimiento culpable, que justifique el resarcimiento).

¿Son plausibles estas construcciones en relación a la «garantía» del artículo 11 LCU? A mi juicio, no, por las siguientes razones:

1) El Derecho romano demuestra que el supuesto de vicios ocultos no fue nunca una hipótesis de riesgo (*periculum*). Tanto cuando el comprador hacía valer su derecho a través de la acción emanada de la *stipulatio*, o mediante la *actio doli*, como cuando se introdujeron las acciones edilicias, como cuando todos los remedios confluyeron en la *actio empti*, entraban sin duda en juego los daños y perjuicios (cosa distinta es su ámbito, discutido y variable, como discutido es, en general, el concepto romano del *id quod interest*, y como variable es, en general, tal concepto, ante el casuismo propio de la jurisprudencia romana).

2) El C.c. no sólo ordena (arts. 1.124, 1.295, 1.486, 1.498, 1.499) la restitución de las prestaciones, en su caso realizadas en cumplimiento del contrato sobrevenidamente ineficaz, sino que también imputa al vendedor los gastos del contrato que hubiesen sido realizados por el comprador (arts. 1.478 y 1.486,1); medida que no se justifica en el plano del «riesgo de la contraprestación» (*periculum*), y que apunta, más bien, a ver en ella un elemento de resarcimiento por daño emergente, englobable fácilmente en la moderna noción de interés contractual negativo, que acompaña a toda resolución por incumplimiento (*ex art. 1.124,2 C.c.*).

Cosa muy distinta es que en el Código, por sus presupuestos ideológicos, y con un criterio que no ha sido ni tradicional, ni, desde luego, único, a lo largo de la Historia, se reduzca *ex lege* el ámbito de lo resarcible a este solo elemento (gastos del contrato). Ello, aun siendo cierto, no permite descartar *per se* que nos encontremos ante una hipótesis de responsabilidad contractual, sino que, antes bien, al contrario, lo confirma y justifica, a lo sumo, la naturaleza «especial» del supuesto (MORALES, [I], p. 681).

En cualquier caso, los «gastos del contrato» representan un ámbito de lo resarcible superior al ordinariamente creído. Baste observar que el en art. 1.094 Proy. 1836 se hablaba de abonar al comprador los *gastos ocasionados por la venta*, lo que tiende, como mínimo a englobar todo el daño emergente, evidentemente en el marco de resarcibilidad representado por el interés contractual negativo, como en todo supuesto de resolución del contrato. Y no se replique que, al no aparecer tal expresión en el C.c. 1889, la limitación *ex lege* del resarcimiento es amplísima: el art. 1.486,1 C.c. no alude a los gastos «del contrato», sino a los gastos «que el comprador pagó», lo que, de nuevo, nos lleva al daño emergente pleno, en el marco de resarcibilidad respresentado por el interés contractual negativo. Adicionalmente, pensemos que el art. 1.455 alude a los gastos de otorgamiento de escrituras, y los

de la primera copia, y los «demás posteriores a la venta», y que el art. 1.465 alude a los gastos para la entrega y los de transporte o traslación de la cosa, lo cual demuestra que difícilmente la expresión del art. 1.486 es tan restringida y circunscrita como se suele afirmar. De hecho, la expresión del art. 1.466,1 *Code (frais occasionnés par la vente)* tiene una amplitud tan ambigua, que la jurisprudencia se valió de la misma para adosar al vendedor el interés contractual negativo (*l'acheteur doit être remis autant que possible au même état que si le contrat n'avait pas eu lieu*), salvo el lucro cesante (GORLA, [III], pp. 242-243).

Ahora bien, el problema sigue, aunque más atenuado, en pie por lo que hace a los gastos necesarios que el comprador haya hecho para conservar la cosa o a los gastos útiles, cuya no especificación es más llamativa en la medida en que el art. 1.478 también en materia de saneamiento, aunque por evicción, sí los contempla expresamente.

Por tanto, a lo sumo, podría sostenerse una pequeña limitación legal del ámbito de lo resarcible que, de existir, vendría motivada únicamente por los presupuestos ideológicos del Código, y que, en cualquier caso, hoy desaparecerá, como veremos, en el art. 11 LCU.

3) La dificultad para escindir el plano del «riesgo de la contra-prestación» (*periculum*, riesgo propiamente dicho), del plano del «riesgo del incumplimiento» (responsabilidad contractual), en la obligación de dar, es tradicional, puesto que el Derecho romano les ofreció un mismo presupuesto de hecho: la destrucción o menoscabo físico de la cosa, procediendo luego a la diferenciación de ambos, según la naturaleza típica de los eventos que determinaban tal destrucción o menoscabo.

Sin embargo, aparte de que la evolución jurídica nos confirma una paulatina infiltración de la institución de la responsabilidad contractual en terrenos originariamente propios del riesgo (*periculum*) (GIORGIANNI, pp. 280 y 321; BADOSA, *passim*, particularmente, pp. 818 y ss.) la incompatibilidad entre ambos planos es clara: la responsabilidad contractual presupone, o bien una obligación infringida cuyo cumplimiento o exacto cumplimiento es posible, o bien una obligación infringida cuyo cumplimiento o exacto cumplimiento es imposible por causa imputable al deudor no (exactamente) cumplidor (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. C.c.); el riesgo (*periculum*) presupone, en cambio, una obligación cuyo cumplimiento (o exacto cumplimiento) es imposible por caso fortuito (por causa no imputable al deudor no cumplidor), es decir una obligación extinguida total o parcialmente (F. JORDANO [I], p. 430 y, fundamentalmente, p. 437).

Dicho esto, observemos que en el supuesto de vicios ocultos, la cuestión a resolver nunca ha sido ver si el vendedor seguía siendo acreedor de la obligación recíproca de pagar al precio, tras haberse extinguido la suya (supuesto de *periculum emptoris*), o ver si el contrato se resolvía *ipso iure* (riesgo soportado por el vendedor), sino

la de determinar las consecuencias del vicio o defecto (considerado en virtud del juicio de imputación efectuado, como «imputable al vendedor»), es decir, la de determinar las medidas de que el comprador dispone, frente a ese vicio o defecto (incumplimiento) para la defensa de su derecho de crédito infringido: o ejecución específica (reparación, sustitución), más los daños y perjuicios, probados, que completen el interés contractual positivo, generalmente derivados del retraso, o (si el vicio o defecto es lo suficientemente grave para justificar sobre su base —el incumplimiento— la resolución del contrato) la resolución más los daños y perjuicios que conformen el interés contractual negativo (que, eventualmente, podría haber estado limitado en la letra del Código).

Esto es particularmente claro en el art. 1.487, C.c., donde, producida la destrucción de la cosa, la consecuencia legal anudada no se limita a hacer que el vendedor soporte el pretendido riesgo (devolviendo el precio que eventualmente había recibido en cumplimiento del contrato), sino que incondicionalmente le obliga —también— a resarcir los gastos del contrato (con la interpretación que le hemos dado). Ello es así por una única razón: la cosa se ha perdido por «efecto de los vicios ocultos»: no se da el supuesto de hecho propio de las reglas del riesgo (*periculum*), sino un incumplimiento.

Por tanto, así como no podemos compartir que la obligación de saneamiento se resuelva en una cuestión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por una responsabilidad precontractual, tampoco lo podemos admitir para la «garantía» del artículo 11 LCU.

4) Tampoco es admisible el argumento de que la «garantía» cumple una función autónoma propia, porque, estando clara esa función de preservar la funcionalidad de los intercambios, mediante la tutela del adquirente, queda aún indemostrado que ello exija la construcción de un instrumento autónomo: queda aún indemostrado —y es indemostrable— que una tal función no pueda ser cumplida en este caso por la responsabilidad contractual, como en otros —en la actualidad— por la protección a la confianza, o mediante la protección de la apariencia.

5) El análisis del cumplimiento o no de los deberes precontractuales (información, previsión, seguridad) que, en su caso, justificarían los daños y perjuicios complementarios a la pretendida regla de riesgo (*periculum*), curiosamente no se realiza de modo autónomo, sino que, al menos en los casos de vicios y defectos ocultos, siempre exige un contrato válidamente construido en que apoyarse.

Esta es la opinión implícita de MORALES, al enumerar, entre los presupuestos jurídicos para el juego de las acciones edilicias, el que se haya celebrado un contrato de compraventa (MORALES [I] p. 632).

6) La valoración del incumplimiento de estas obligaciones no sólo exige un contrato válido, sino que se realiza en sede de ejecución de tal contrato.

A ello no empece que el objeto analizable sea la conducta desplegada en la fase precontractual por el vendedor (VISINTINI [I] p. 105), pues ello, siendo cierto, no impide que tal análisis —y esto es lo importante— se realice siempre en un momento posterior a la perfección del contrato. Por lo demás, esta autora parece contradecirse ligeramente, porque sólo concede relevancia a aquellas infracciones de las obligaciones precontractuales que llegan a incidir en el uso contractualmente fijado a la cosa.

Igualmente parece orientarse en esta línea «precontractualista» R. BERCOVITZ [II], p. 215, y con especial énfasis en pp. 252 y ss. basándose en que es justamente el cumplimiento de la obligación de información lo que excluye todo atisbo de responsabilidad en los casos de ventas de desechos o de saldos; y en que llevar la obligación de información al seno del contrato iría en detrimento de la posición del adquirente. Sin embargo, en el primer caso, la información ofrecida por el vendedor reduce el contenido de la prestación a que él queda obligado, siendo esa la razón de la no planteabilidad de la responsabilidad, más allá de ese contenido (lo que ya ocurría en el Código: ventas judiciales y ventas de deshecho o hechas en feria o en pública subasta ([arts. 1.489 y 1.493, respectivamente])); y, respecto al segundo argumento, hay que insistir en que no prejuzgamos el momento en que la información deba facilitarse (normalmente deberá hacerse antes del contrato, pero también podrá, sin perjuicio de lo anterior, ser exigible durante y después del contrato), sino que tan sólo subrayamos que, sea cual sea tal momento la valoración de su cumplimiento o no cumplimiento se hará, siempre que haya un contrato válido, en su fase ejecutiva. En realidad, el propio R. BERCOVITZ entiende que en caso de información por parte del vendedor, el comprador tendrá derecho a las cualidades que objetivamente se deduzcan del precio pagado (un parámetro de referencia obviamente «contractual» y, por lo demás, correcto), cuando lo más coherente con su tesis sería defender aquí la existencia de una responsabilidad precontractual derivada del silencio.

7) no sólo exige el análisis del cumplimiento o no de esos pretendidos deberes «precontractuales» (¡y se hace, entonces, legítimo sospechar, que porque aquí no lo son!) un *contrato válido*, que se encuentre ya en fase de ejecución, sino también que se haya producido una infracción del contenido prestacional de la obligación del vendedor. En efecto, si, pese a que el vendedor no haya ofrecido información de ningún tipo, el objeto vendido cumple perfectamente con el destino que se le asigna, nadie admitirá aquí el planteamiento de ninguna cuestión de responsabilidad. Es decir, si el fundamento de las consecuencias resarcitorias estuviese constituido por la infracción de estos deberes «precontractuales», ¿para qué tendríamos que exigir, y precisamente en la fase de ejecución del contrato, es decir, en mo-

mento posterior a su válida conclusión, la existencia objetiva del vicio o defecto?

8) Evidentemente, si lo crucial fuese la infracción de estos deberes «precontractuales», el resarcimiento debido debería ser siempre englobable en el interés contractual negativo. No se explica, pues, por qué el artículo 11 LCU permite acudir a la reparación y/o sustitución, más daños y perjuicios, probados, generalmente derivados del retraso, todo lo cual constituye un clásico ejemplo de interés contractual positivo (así, MENGONI [III], p. 18).

9) Con estas posturas nunca se podrá evitar que se finjan culpas e incumplimientos. La responsabilidad por vicios o defectos de la cosa vendida es un supuesto de responsabilidad *in adimplendo* y no *in contrahendo* porque, con independencia del comportamiento observado por el vendedor antes del contrato (que no siempre habrá sido forzosamente incorrecto o culposo), el vicio o defecto que se revela en la fase ejecutiva del contrato es *per se* suficiente para desencadenar la protección al comprador. Este sólo tendrá que alegar la existencia de tal vicio o defecto (e incluso quizá sólo alegar que el objeto no funciona o que no sirve para el uso a que estuviese destinado), sin necesidad de remitirse a etapas precontractuales, en las que no siempre se podrán detectar irregularidades (sin perjuicio de que, si se produjo la información sobre vicios o defectos, toda cuestión de responsabilidad quede excluida, no porque el objeto vendido vea desaparecer mágicamente sus vicios o defectos, sino porque el contenido obligacional del contrato se redujo *ipso facto* para el vendedor informante).

En resumen, esta construcción aquí criticada no sirve sino a una finalidad: intentar preservar la tradicional función de la culpa. Construyendo deberes precontractuales o interpretando ampliamente el concepto de mala fe, se consigue un punto de apoyo donde ubicar una culpa que fundamente «legítimamente» la obligación de resarcir que se le impone al vendedor. Asistimos al procedimiento inversor magníficamente resaltado por STARCK: «traditionnellement on constatait la faute avant de condamner à réparer. Maintenant, c'est l'inverse: l'obligation de réparer étant admise par la loi, la doctrine s'efforce de découvrir la faute pouvant justifier ces décisions» (STARCK, p. 479). Procedimiento inversor que se detecta en un somero análisis de la jurisprudencia, donde salta a la vista que el dato clave valorado, es la insatisfacción de un acreedor, y nunca una valoración previa en clave de diligencia de la conducta del vendedor en la fase precontractual (realidad confesada por MORALES [II], pp. 603-604; y constatada también por RIVERO, p. 67; VISINTINI [II], p. 418; y CABELLA PISU, p. 259).

Con esto no niego, sin embargo, relevancia a los deberes de información, previsión o seguridad, que alcanzan hoy positivación expresa (art. 13 LCU, RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los

consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas), y que antes se deducían de los arts. 7,1 y 1.258 Código civil, sino que afirmo que su juego, *una de dos, o será independiente* de la posterior conclusión de un contrato válido (porque el contrato es ineficaz, porque no llegó a celebrarse): esto es, será *verdaderamente precontractual*; o, entrando en juego la «garantía» del art. 11 LCU, lo que presupone —insisto— un contrato concluido y válido, será *absorbido* en el análisis de si la cosa entregada, después de la válida conclusión de tal contrato, responde o no a lo contractualmente debido por el vendedor (responsabilidad contractual: determinación del incumplimiento imputable) (cuestión que, en suma, es la única que contempla el art. 11 LCU).

Es decir, la absorción de la infracción de estos deberes, manteniéndose el contrato, en el único juicio que en tal caso cuenta (o hay o no hay incumplimiento de la obligación del vendedor), no implica, ni mucho menos, que tales deberes no existan o que, en general, sean irrelevantes.

Es más, a mi juicio, aun en el caso de que juegue la «garantía» del artículo 11 LCU y, por tanto, sólo nos planteemos si hay o no incumplimiento del vendedor de su obligación contractual respecto a la idoneidad y calidad del objeto vendido, la irrelevancia de estos deberes no es absoluta: en concreto, la identificación del incumplimiento particularmente serio de uno de ellos; puede ser índice de *culpa lata*, equiparable al dolo *in executivis*, con las consecuencias que para ello ordena el artículo 1.107,2 Código civil (un apunte en este línea en R. BERCOVITZ [II], p. 215).

Por tanto, estos deberes que se le imponen hoy al vendedor profesional (que ni por asomo son nuevos en el decurso de la Historia) no juegan siempre como deberes precontractuales *stricto sensu*, sino que en parte vienen a integrar el contenido del contrato, enriqueciendo la (compleja) posición debitoria del vendedor, en relación, por lo que hace el artículo 11LCU que aquí analizamos, a la idoneidad y calidad de la cosa vendida.

Y ello sin perjuicio de que puedan concebirse sanciones administrativas ante comportamientos infractores de estos deberes desplegados por un vendedor, con total independencia de hipotéticos contratos, en tanto ello constituya el supuesto de hecho tipificado de una infracción administrativa, lo que es un plano que tiende a fortalecerse en mercados muy intervenidos por el poder público (viviendas, Bolsas de valores).

Es curioso —y significativo— que VISINTINI en la actualidad tienda a suscribir la tesis que hemos defendido *supra*, dolida ante la realidad de que su originaria tesis «precontractualista» sólo había servido como medio subrepticio para revalorizar el papel de la culpa (VISINTINI [II], *passim*).

Y quizá no esté de más lanzar una nueva ojeada a los precedentes históricos, que no sólo nos revelan que la hipótesis de vicios ocultos

no fue nunca un supuesto de riesgo (*periculum*), sino que también nos muestran que, cuando se produjo la confluencia de los remedios típico del *ius civile* contra los vicios ocultos (*stipulatio, dicta et promissa, actio doli*), con los consagrados por el Edicto edilicio, en el seno de la *actio empti*, se lleven todos los casos de *dolo in contrahendo* al plano de la responsabilidad contractual: la originaria *actio doli* extracontractual fue absorbida por la *actio empti*, justamente después de la extensión del *iudicium bonae fidei* a la fase de formación del contrato (para un completa información, *vid.* MENGONI [I], p. 365).

Sean cuales fuesen las razones de esta maniobra justiniana, lo cierto es que sus vestigios siguen presentes en el C.c. Así, el art. 1.752 es un claro ejemplo de una infracción de una obligación de información del comodante respecto a los vicios de la cosa comodada, que se reconduce a la vía contractual, como se reconducía a la vía contractual (*actio contraria*) en el Derecho justiniano. Y no otra cosa es lo que, a mi juicio, ocurre en el art. 1.486,2 C.c., donde es esclarecedor observar cómo GARCÍA GOYENA remitía, para la cuantificación del resarcimiento, a los equivalentes de los arts. 1.101 y ss. C.c. (arts. 1.004 y ss. del Proyecto de 1851) (GARCÍA GOYENA, *sub* comentario al art. 1.408 Proy. 1.851). Observemos, por último, que el art. 1.490 enfoca *unitariamente* todas las acciones de los artículos precedentes.

Fue justamente la absorción «sectorial» de la *actio doli* por la *actio empti*, en la que también finalmente se englobaron las acciones edilicias, lo que origina el eterno problema del plazo, puesto que la tradicional perpetuidad de la *actio doli* y de la *actio empti* va a concurrir en el seno del único cauce procesal (*actio empti*), con los plazos breves que tenían, desde su creación, las acciones edilicias, y que tenían una marcada tendencia a imponerse. El problema pareció zanjarse en el Código, donde, con un claro designio de protección a la clase emergente de los comerciantes, se unifican todos los plazos (art. 1.490 C.c.). El ser ello fuente de iniquidad es quizá una de las razones que justifican la búsqueda, por parte de ciertos autores, de una escisión entre el ámbito «estricto» de la «garantía» y el plano ajeno resarcitorio, que se califica como precontractual o extracontractual, para extraerlo de los límites temporales estrechos de la tradicional obligación de saneamiento (VISINTINI, [I], *passim*). Con ello no critico que se puedan observar aquí los presupuestos que fundamenten una responsabilidad precontractual o extracontractual (como veremos en el punto 9. B>), sino que ello se haga forzosamente, con el preconcepto de la «garantía» como una institución específica, que cumple una función *a se*, y a la cual sería ajena toda consideración resarcitoria (F. ROMANO, P. 15 y ss.), o como institución complemente extraña a la responsabilidad contractual (MENGONI, [II], *passim*).

4. Otra posición que en torno al artículo 11 LCU puede adoptarse es la de observar la existencia de una imputación legal de riesgos, de contenido y duración limitados, no apoyada en el incumplimiento de ninguna obligación, sino en principios de política legislativa.

Esta es la tesis defendida por MORALES [I], p. 676; MENGONI [III], pp. 20 y ss.; DI MAJO, pp. 273 y ss. para la compraventa de cosa específica. Por tanto, es previsible que no la sostendrían en relación con el art. 11 LCU, alegando que regula compraventas de género, que plantean una problemática totalmente diversa. Ahora bien, puesto que el conflicto de intereses es idéntico en ambos casos, me parece dudosa esta escisión de naturalezas jurídicas (por ejemplo, no me parece sostenible la opinión de que la compraventa de cosa genérica no sea, en realidad, un verdadero contrato de compraventa, R. BERCOVITZ [I], p. 780). No obstante, téngase presente que sólo me propongo analizar aquí la «garantía» del art. 11 LCU, donde —repárese por quien lo estime conveniente— no se diferencia (como tampoco lo hacía el C.c., que sólo trata con autonomía la compraventa de animales) el supuesto de compraventa específica del de la compraventa de género.

A esta construcción se le podrían realizar algunas objeciones:

*i)* De nuevo nos encontramos con el problema de la pluralidad de acepciones del término «riesgo». Valga, pues, aquí, por si procede disipar la ambigüedad de la palabra, la clarificación anteriormente efectuada, que distingue con nitidez absoluta el plano del «riesgo de la contraprestación» (*periculum*, riesgo propiamente dicho) (que en el supuesto de vicios y defectos ocultos nunca a lo largo de la Historia se ha planteado), del plano del «riesgo de incumplimiento» (responsabilidad contractual) (que en el supuesto de vicios y defectos ocultos es lo que siempre se ha planteado).

*ii)* Nos encontramos, además, ante una imputación *ex lege*, que aparenta presentarse como algo excepcional, lo que no está justificado: el papel del legislador no es sino el de distribuir los daños que en las relaciones sociales se producen mediante criterios que evolucionan y se aquilatan a lo largo de la Historia. Así, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad contractual, todos los criterios de imputación (culpa, custodia, hoy crecientemente el riesgo) no son y no han sido sino atribuciones legales de las consecuencias dañosas de un incumplimiento contractual. Si con la tesis que estamos exponiendo se quiere hacer del riesgo un criterio de imputación de responsabilidad contractual —idea que gana terreno en la doctrina y en la legislación—, que se diga claramente, de modo que dejaríamos de sorprendernos ante anómalas atribuciones legales, ajenas a las normales instituciones del ordenamiento: estaríamos ante un mero procedimiento legal para distribuir internamente —*imputar*— los daños derivados de un incumplimiento contractual.

*iii)* En cualquier caso, el punto fuerte de esta corriente doctrinal estriba en la constatación de una pretendida inexorabilidad en el nacimiento de las consecuencias resarcitorias; es decir, que en el supuesto del art. 11 LCU, una vez descubierto un vicio o defecto en la cosa vendida, sin posibilidad de realizar un análisis, donde el vendedor pudiera exonerarse, la ley imputaría de forma inevitable todas las con-

secuencias dañosas al vendedor: no habría pues, responsabilidad contractual, porque éste no puede zafarse por ningún medio de una imputación legal indeclinable.

Sin embargo, esto no parece verificarse. De hecho, el vendedor, demandado en juicio sobre la base del artículo 11 LCU, porque el producto vendido presentó vicios o defectos al mes de su adquisición, no será condenado de forma inmediata, sino que podrá probar que, en realidad, él cumplió bien, ya sea negando la existencia del vicio o defecto, ya sea probando que, aunque el vicio o defecto indudablemente exista, él entregó la cosa en perfecto estado, o que el vicio o defecto proviene del uso indebido realizado por el comprador, o de un caso fortuito posterior al contrato (supuesto de *periculum emptio*), o de la acción de un tercero, o que, aun existiendo el vicio o defecto *ab initio*, el comprador lo conoció sin duda antes de perfeccionar la relación contractual. Son, pues, demasiadas las posibilidades con que cuenta el vendedor, para que se pueda hablar de inexorabilidad.

Es justamente el tradicional requisito de la anterioridad al contrato del vicio o defecto, lo que demuestra que es siempre preciso, en este terreno, realizar un juicio de imputación. No darse cuenta de ello supone incurrir en el frecuente error de identificar la responsabilidad objetiva (aquella establecida en base a criterios que prescinden de la conducta del sujeto responsable), con supuestos donde al deudor le resulte absolutamente inviable *ex lege* eludir la imputación de las consecuencias resarcitorias (así, por ejemplo, GRECO/COTTINO, p. 104).

Hasta ahora, sin embargo, sólo hemos probado que el vendedor puede exonerarse de responsabilidad acreditando haber cumplido. Nos quedaría por saber si es posible que un vendedor se libere alegando un caso fortuito.

La hipótesis, en verdad, no parece fácilmente verosímil: no tanto porque se trate de una posibilidad excluida en el mecanismo del artículo 11 LCU, cuanto porque se es consciente de que todo vicio o defecto de una cosa es *normalmente interno* y, por tanto, propio de la esfera de riesgo del vendedor, por muy imprevisible o inevitable que fuese.

Así, VISINTINI [I], p. 172; LE TOURNEAU, p. 569. A un resultado similar, a efectos prácticos, llega BIANCA, al afirmar: «nella vendita di prodotti d'impresa il margine di difetti non evitabili nè prevedibili con la dovuta diligenza è praticamente insignificante» (BIANCA [I], p. 275). Observemos, no obstante, que, para llegar a los mismos resultados prácticos, el autor está fingiendo de forma sutil una negligencia prácticamente omnipresente.

Es, por consiguiente, la propia fisonomía del supuesto de hecho la que dicta la peculiaridad resaltada por tantos autores, y no una

específica «excepcional» configuración del régimen jurídico. A lo cual se añade que en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 11 LCU —como, de hecho, en casi todo el tráfico jurídico moderno— normalmente el objeto o producto vendido pertenecerá a una serie, clase o *standard*, por lo que entran en juego los principios clásicos relativos a las obligaciones de género, que sin duda apuntan a una dificultad extrema para que el vendedor (o el deudor, en general), pueda exonerarse, dando la prueba liberatoria.

No creo, pese a todo, que, por ejemplo, nadie sostenga la imputación de responsabilidad contractual a un vendedor de naranjas, algunas de las cuales fueron infiltradas con mercurio, en una acción terrorista, antes de su comercialización. Se trataría de un caso típico de caso fortuito (o fuerza mayor) alegable por el vendedor, sobre la base de los arts. 1.105 y 1.182 y ss. C.c. y que encuentra apoyo analógico en el art. 27 LCU, que admite la exoneración del vendedor cuando pruebe la falsificación o incorrecta manipulación por terceros del producto (la aplicación analógica a la responsabilidad contractual de los criterios, reglas y presunciones contenidas en el Capítulo VIII LCU se puede apoyar en una evidente «unidad temática»).

Es decir, responsabilidad objetiva significa que los criterios de imputación (legalmente) empleados prescinden de dar relevancia a la conducta del deudor, pero no excluye la existencia posible de un caso fortuito, evidentemente objetivo, o sea, extraordinario y ajeno a la esfera de control del deudor. Por tanto, hablar de responsabilidad objetiva en el art. 11 LCU significa que se adosa legalmente sobre el vendedor (empresario) el peso del daño derivante de causas internas a su esfera de control, prescindiendo de toda valoración de su conducta, pero en modo alguno que tal peso se le adose inexorablemente: siempre será preciso un juicio de imputación, donde no entrará en juego su conducta, sino la tipicidad de los eventos que se han producido (Cfr. las nociones límpidas a este respecto de F. JORDANO, [I], p. 42).

Por consiguiente, en el fondo, esta corriente doctrinal que aquí analizamos, se resiente del mismo *punctum dolens*: una concepción estrecha de la responsabilidad contractual, fundada en la culpa, que abomina de la responsabilidad objetiva, a la que, además, erróneamente equipara con los supuestos en que la imputación legal es irreversible. De ese modo, siendo conscientes estos autores de lo artificioso de sus teorías precursoras, que se esforzaban por ver culpas objetivas, presuntas *iuris et de iure*, o culpas *in re ipsa*, o *diligentiae exactissimae*, o que procuraban crear cuantos más deberes precontractuales, mejor, porque así se facilitaba la detección y sanción de un incumplimiento, no tienen más remedio que confesar la especialidad/excepcionalidad de la figura, expulsándola de los terrenos propios de la responsabilidad contractual, y llevándola a ambiguas zonas de imputaciones objetivas de «riesgos», o calificándola de «garantía».

En realidad, esta concepción no es sino la elaboración evolucionada de las antiguas formulaciones, que veían en la obligación de saneamiento una promesa de indemnización del vendedor, o el efecto de la conclusión de un específico contrato de garantía, o la imposición legal de una peculiar figura, llamada «obligación de garantía» (LUZZATTO, p. 153; GORLA [I], p. 96; ESMEIN, p. 660; BETTI, p. 129; GULLÓN, p. 10; CARLÓN, p. 57, etc...).

Aparte de las críticas ya expuestas en el texto, a aquellos autores que, además, viesan aquí un fenómeno de asunción voluntaria o promesa de garantía por parte del vendedor (como así a veces se presenta desde el sector de la producción), bastaría indicarles que en el art. 11 LCU nos encontramos ante un mandato legal imperativo. Y, si un vendedor ofrece «garantía» por encima del mínimo legal exigido por el art. 11 LCU, bastará pensar que todo pacto asuntivo del caso fortuito ha tenido siempre un cierto matiz aseguratorio (F. JORDANO, [I], p. 329; BIANCA [II], p. 158), lo que nunca ha sido óbice para integrar el supuesto en el marco de la responsabilidad contractual (*vid.* el art. 1.105 C.c.), bajo el nombre de «prestación del caso». No olvidemos que ya en el Derecho Romano, las declaraciones de un vendedor (*dicta et promissa*) ampliaban el contenido obligacional del contrato, sin que ello significase que estuviese el vendedor prometiendo una indemnización o concluyendo verbalmente un contrato de garantía.

Desde luego, en el acusado carácter aseguratorio que siempre se ha achacado a los medios legales de tutela del adquirente por vicios ocultos, influye el precedente romano de la *stipulatio*, que es la figura que precede, presumiblemente, a la *obligatio*, presentando ciertamente un claro carácter aseguratorio. Parece que su utilización en la materia de vicios se justificaba en épocas antiguas porque la *mancipatio*, por ser un acto instantáneo, no permitía el juego del mecanismo obligatorio. Por ello en la *stipulatio* no tiene tanta importancia el comportamiento debido por el deudor, cuanto el evento típico sobrevenido que desencadena su funcionamiento y, por ello, no juega en ella, aparentemente, el consabido reparo dogmático de la imposibilidad originaria.

5. Por tanto, si partimos de una concepción de la responsabilidad contractual, como distribución de riesgos (acorde sin duda con la creciente comercialización del Derecho privado, y la consagración de la empresa como sujeto del tráfico jurídico) (para una definición de la responsabilidad contractual, en tal sentido, *vid.* F. JORDANO [I], página 38), no es difícil considerar el supuesto del artículo 11 LCU como un claro caso de responsabilidad contractual.

El artículo 11 LCU es un eslabón más de la cadena que, en el conflicto de intereses eterno entre un vendedor y un comprador insatisfecho ante la calidad o idoneidad de la cosa adquirida, el legislador ininterrumpidamente ha trenzado, adosando al vendedor, salvo el caso fortuito, verdaderamente exiguo en esta materia, y prescindiendo por completo de la culpa, el incumplimiento material que representa el vicio o defecto en la cosa vendida y entregada. Es decir, los supuestos de vicios o defectos de las cosas objeto de un contrato de

compraventa han sido siempre y de modo inquebrantable (incluso durante los periodos —largos— donde verbalmente se hacía de la culpa el único criterio de imputación) puestos *ex lege* a cargo del vendedor, con la finalidad de conseguir funcionalidad y eficacia en el tráfico jurídico, en una hermosa prueba de cómo las reglas de la responsabilidad contractual no son inocuas en la organización de las instituciones socio-económicas.

Por consiguiente, el art. 11 LCU no supone ninguna novedad en el plano de la naturaleza jurídica: el supuesto de vicios y defectos ha sido siempre un caso de responsabilidad contractual. Recordemos que en el Derecho romano clásico jugaba la responsabilidad por el resultado de modo amplio, en la que primaba, por encima de las circunstancias personales del deudor, la consideración de *circunstancias típicas* (entre las cuales, el vicio redhibitorio puede verse como un claro caso de incumplimiento material o hecho de incumplimiento) (F. JORDANO, [I], p. 45 y bibliografía allí citada). Igualmente, pensemos que la absorción de las acciones edilicias en el *iudicium empti* significa que los vicios redhibitorios son considerados legalmente como una forma de violar el contrato de *emptio-venditio* (MENGONI [III], pp. 15 y 19). Y, finalmente, advertimos que la generalización de tal régimen a toda *merx* y ya no sólo a las *res venales* (esclavos y animales), significa que entregar una cosa exenta de vicios e idónea era una de las obligaciones derivadas *ipso iure* de todo contrato de *emptio-venditio* (ARANGIO-RUIZ, p. 397).

Por lo que respecta al Código, pese a las dificultades dogmáticas gravísimas que expusimos al inicio del trabajo, también es posible ver un supuesto de responsabilidad contractual: es sencillamente esclarecedor que los arts. 1.474 (éste, de un modo clave), 1.485 y 1.497 C.c., hablen expresamente de que el vendedor «*responde*».

A ello no se objeta que la «garantía» cumple funciones específicas: conseguir la funcionalidad de los intercambios, fomentar la confianza de los adquirentes, racionalizar la propia institución del mercado, etc., porque una cosa es que tales fines subyazcan al artículo 11 LCU —lo cual es indudable—, y otra muy distinta es que sólo puedan alcanzarse con nociones autónomas de garantía. Observemos que nos enfrentamos ante necesidades prácticas constantes en la evolución jurídica (particularmente en los típicos supuestos «*peligrosos*», en los que es necesario proteger al comprador frente a la eventualidad de que el vendedor no sea el verdadero propietario de la cosa vendida, o frente a la eventualidad de que tal cosa no esté en perfectas condiciones), que han sido históricamente satisfechas mediante la institución de la responsabilidad contractual, gracias a formulaciones muy estrechas del caso fortuito o a formulaciones amplias del ámbito de lo debido por el deudor.

Lo que no impide que puedan satisfacerse por medio de recursos técnicos distintos a la responsabilidad contractual: pensemos en el caso

de la obligación de saneamiento por evicción, hoy minimizada en su función histórica, una vez que se consolidan medios alternativos, más efectivos, de tutela al adquirente (protección de la apariencia y adquisiciones *a non domino*) y de consiguiente incentivo al intercambio.

Tampoco se objete que nos encontramos ante un supuesto de hecho con muchas particularidades, siendo la mayor, la del plazo brève (MORALES [I], p. 681); sin entrar en las razones que justifican tal brevedad, lo cierto es que plazo propio también tiene la responsabilidad por ruina derivada del contrato de obra, y no se duda de que estemos ante responsabilidad contractual, y más breve es aún el plazo en que se ha de exigir la responsabilidad contractual del transportista en el C. com., y nadie deduce de ello una figura autónoma de «garantía» (BIANCA, [II], p. 55). Se alegaba también, con especial énfasis, el carácter limitado del ámbito resarcitorio que el C.c. ofrecía (MORALES [I], p. 681), pero, aunque se probase que en parte sea cierto, obedeció a presupuestos históricos muy concretos, que hoy nadie defiende en su pureza, y menos aún desde el cambio legal que supone el artículo 11 LCU.

Por consiguiente, el artículo 11 LCU viene a consagrar la imposición legal de una obligación de enajenar productos con cualidades e idoneidad suficientes para la satisfacción cumplida de los consumidores adquirentes. Y ello lo hace el artículo 11 LCU de una forma genérica, para todos los bienes indistintamente, como específicamente lo hace un reglamento que impone una duración mínima de cinco años a un ascensor, o un contenido mínimo de verdadero zumo a todos los productos envasados que se vendan como zumos.

Bien mirado, no se trata de nada nuevo, pues desde siempre el legislador ha dispuesto medidas con idéntica *ratio*: aparte de los datos ya comentados que nos brinda el Derecho romano, tenemos en el Código, el art. 1.167, para las obligaciones genéricas de dar (aunque la diferencia estribe en que es absolutamente dispositivo), o el propio régimen de saneamiento que el C.c. dicta para los animales, donde el concepto de vicio redhibitorio se deja a la fijación de los usos locales o a la eventual legislación, en sentido lato, que en la materia exista (como, de hecho, existió en el *non nato* Proyecto de 1851) (art. 1.496,2 C.c.).

Igualmente es muy útil advertir que no debemos caer en tentaciones demagógicas. La imposición legal de esta obligación al vendedor profesional no necesariamente va contra los intereses del sector empresarial y productivo. De este modo, el mercado se racionaliza, mediante un instrumento adicional para expulsar a aquellos que «piratean» o subsisten en él de forma irregular, o a aquellos, con menor capacidad económica, que no alcancen el mínimo de calidad en sus productos. Y la objetivación evidente que se alcanza, permite a los fabricantes y vendedores considerar todas las eventuales consecuencias resarcitorias como costes directos de sus actividades, integrados como un ele-

mento más del balance comercial, lo que permite su previsión, cálculo y repercusión, vía precio, a los adquirentes, quienes, en el fondo, se autoaseguran colectivamente frente a los riesgos de vicios y defectos en los productos, sin percibirse de ello (*vid.* las jugosas ideas que un análisis económico de las reglas de la responsabilidad contractual resultan, en F. JORDANO [I], pp. 57 y ss. y 298 y ss., destacando especialmente aquella de que la responsabilidad objetiva, que en la época primitiva era resultado de una cultura jurídica poco desarrollada, se transforma hoy en una exigencia de la sociedad industrial desarrollada y tecnificada, dirigida a tutelar e incentivar el intercambio; F. JORDANO, *ibidem*, p. 63).

Estamos sin duda ante otra manifestación de la funcionalización de instituciones privadas a intereses colectivos o sociales (no necesariamente coincidentes con el «interés general»). Mas no nos sorprendamos: una idéntica medida de *imperium* fue adoptada en el Derecho romano ante el mismo supuesto de hecho: las acciones edilicias. Estamos, pues, ante uno de esos casos en los que no se puede resistir la tentación de pensar en el viejo adagio *nihil novi sub sole*.

Por tanto aparecido un vicio o defecto en el objeto adquirido y ya entregado, se abrirá un juicio de imputación, donde el vendedor deberá probar haber cumplido o, en su caso, demostrar el caso fortuito (verdaderamente anómalo por la fisonomía del supuesto de hecho y la normal naturaleza del objeto). De no dar ninguna de estas pruebas, se afirmará su responsabilidad, por incumplimiento de la obligación legal de transmitir un producto idóneo y no viciado.

Excesivamente dificultoso sería aquí coordinar esta obligación legal impuesta al vendedor profesional con la concepción, de hondísima raigambre, de que la obligación de saneamiento es una «prolongación de la obligación de entrega», o una «obligación de entrega continuada», o de que la entrega de cosa viciada o carente de cualidades es una entrega defectuosa. Y, sin embargo, aquí está el hilo por donde se sacaría el ovillo. Influye en la complejidad del asunto, una concepción de la obligación de entrega restringida al único aspecto que el estrecho sinalagma del contrato de compraventa parecía ofrecer: el transmissivo, lo que forzaba a excluir toda idea de incumplimiento en el caso de vicios o defectos —siquiera fuese éste inexacto—, desde el instante en que la entrega material hubiese sido realizada. Sin embargo, siendo la única obligación nítida que recaería sobre el vendedor, e intuyéndose que el supuesto de vicios ocultos representaba, en substancia, y pese a las dificultades dogmáticas expuestas en el inicio del trabajo, un caso de responsabilidad contractual, se intentaba dilatar el concepto clásico de la entrega (a veces, llegándose a formulaciones amplísimas: por ejemplo, cuando se entiende que la obligación de no concurrencia por el vendedor, en la venta de empresa, deriva de la obligación de entrega, que, de ese modo, difícilmente era reconducible a la «puesta en poder y posesión del comprador» del art. 1.462 C.c.).

A este procedimiento, genuinamente clásico, pueden plantearse algunas objeciones: se confunden las obligaciones referidas a la determi-

nación del objeto, las que se refieren a la faceta cuantitativa o cualitativa de la prestación, y las que se refieren a la entrega material de la cosa y demás actividades relacionadas con ella (custodia) (Salv. ROMANO, p. 279; BIANCA, [I], p. 627; RIVERO, p. 67); o aquella que subraya que no se explica así por qué no se da la obligación de saneamiento en la donación, donde también hay obligación de entrega (GROSS, P. 85).

Pero estos obstáculos no empañan lo atinado del mecanismo clásico: el camino, que tan sólo indico, hoy en día parece poder dirigirse hacia la concepción de la obligación del vendedor, no reducida a la obligación de entrega, en su caso concebida desde la estricta perspectiva transmisiva, sino enriquecida, de forma que, junto a ella, detectemos, por ejemplo, la obligación de entregar cosa dotada de ciertas cualidades mínimas y exenta de vicios, impuesta por la ley, como un elemento diverso, conformador de una posición debitoria compleja del vendedor. (Entendiendo claramente que la obligación de saneamiento es una forma de responsabilidad que corresponde a un tipo de incumplimiento de la obligación principal de entregar la cosa en las condiciones estipuladas, R. BERCOVITZ, [I], p. 817. Sin embargo, el autor restringe su postura a la compraventa de cosa genérica, puesto que en la de cosa específica sostiene que estamos ante un supuesto de error, diferencia sobre la cual ya he manifestado mi escepticismo).

Tampoco es viable en este trabajo realizar la crítica cumplida a la tesis que defiende la existencia en los supuestos de vicios de una responsabilidad contractual, pero sin incumplimiento de ninguna obligación (DI MAJO, pp. 273 y ss.; con gran similitud a la formulación más cauta de MORALES [I], p. 667, que hablaba de imputación legal de riesgos, sin incumplimiento de obligación). Baste indicar que es patente la contradicción insoluble que esta afirmación porta en su seno: si hay responsabilidad contractual es porque algo que se debía, no se cumplió o no se cumplió exactamente, y si, por ello, se hace responder al deudor, es porque esa falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento le es imputable (y de hecho legalmente imputada). Estamos en el terreno estricto de la responsabilidad contractual, aunque sea objetiva (que no inexorable) (en este sentido, *vid.* las agudísimas apreciaciones de K. LARENZ, p. 56).

Por tanto, hoy no es momento ideal para ver en la «garantía» del artículo 11 LCU un instituto autónomo y excepcional (y si así se hiciese, se haría con una evidente intención propagandística, que nos recuerda la tradicional forma en que los comerciantes han explicado esta «garantía»: como una dádiva graciosa que generosamente ofrecían a sus fieles clientes). Y no es el momento ideal, no porque la «garantía» se haya «culpabilizado» (como querrían hacer ver RUBINO, p. 670; BIANCA, [I], p. 263; ALPA, p. 460; y COSTANZA, p. 136), sino porque la responsabilidad contractual se ha objetivado, esto es, como dice F. JORDANO, «privilegia el aspecto garantista, relegando a un segundo plano el carácter sancionatorio, de modo que

se responde porque se debe y no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprochable» (F. JORDANO [I], p. 35).

Por último, no podemos ocultar que este robustecimiento de la responsabilidad contractual del vendedor incide en la determinación del contenido del contrato (o de lo debido por el vendedor) (así, F. JORDANO, [I], p. 39). En efecto, marginando la especialmente espionosa cuestión de la compraventa de cosa específica, hoy resulta claro que en las compraventas «de consumo», aun recayendo sobre cosas individualizadas, el contenido del contrato se enriquece con la obligación de que el producto esté dotado de cualidades razonables y esté exento de vicios y defectos ocultos. Y ello sin necesidad de apelar a voluntades implícitas de los contratantes, o a reconstrucciones interpretativas de sus voluntades reales, no desarrolladas plenamente (que siempre han sido operaciones con un alto grado de ficción y artificiosidad), sino tan sólo en base a la ley, bien de forma directa, como hace el artículo 11 LCU genéricamente, y como específicamente hacen las diferentes reglamentaciones de múltiples productos, bien de forma indirecta, a través de los arts. 7,1 y 1.258 C.c. (AMORTH, pp. 58 y ss.; VISINTINI, [II], p. 173).

En la compraventa de cosa específica, que es el modelo que predomina en el C.c., por su influjo desde el Derecho romano y por los condicionamientos socio-económicos, diversos a los propios de la moderna sociedad de consumo, las concepciones basadas en el dogma de la voluntad dificultan enormemente la inclusión de las cualidades o idoneidad de la cosa en el contenido del contrato (en lo debido por el vendedor) (Cfr. MARTORANO, *passim*; y K. LARENZ, p. 90). Son tales dificultades las que espolean a la doctrina a construir y aplicar en esta materia las nociones de presuposición y de la base del negocio, como intentos de superación de la extendida corriente (completamente ajena a los orígenes de la figura en el Derecho romano), que veía aquí un supuesto de error-vicio (por todos, en la doctrina española, R. BERCOVITZ, [I], *passim*).

Con la afirmación de esta obligación en el contenido del contrato, no tememos chocar con obligaciones originariamente imposibles, —típico argumento de corte logicista, que siempre se ha esgrimido en relación con la compraventa de cosa específica—, y no tememos, no tanto porque toda compraventa de consumo deba ser siempre de género (lo que no creo exacto), cuanto porque es el mismo legislador el que demuestra querer obviar tal hipotético obstáculo: veamos, por ejemplo, el artículo 8 LCU, que destierra casi por completo la tradicional figura del *dolus bonus*, y margina las posibles defensas fundadas en los vicios de consentimiento (sin que, evidentemente, las excluya), enfocando el problema desde la integración *ex lege* del contenido contractual, con independencia de que lo afirmado u ofrecido publicitariamente por el vendedor, le sea o no posible cumplirlo.

Es la línea que, en el plano doctrinal, abrió en España C. LASARTE, en pos de una valiente jurisprudencia del Tribunal Supremo (famosas sentencias de 14 de junio de 1976 y de 27 de enero de 1977), y que hoy se afianza en el art. 2 Ley General de publicidad, y en el art. 3,2 del RD 515/89, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas.

Y no sólo la ley, a través de este artículo 11 LCU, está dotando al contrato de una obligación mínima, apoyada en múltiples razones de política legislativa (confianza de los consumidores, racionalización del mercado, fluidez de los intercambios, etc...) (idea que tampoco es nueva, pues, en el fondo, aunque basándose en otros principios —los propios del *Ancien Régime*— es la que late en la noción de obligación de «faire avoir la chose utilement» de POTHIER), sino que también la ley enriquece el contrato de compraventa mucho más todavía, integrándolo con diversos deberes impuestos al vendedor, que conformarán en torno a la tradicional obligación de saneamiento, hoy transmutada en «garantía», la entera protección del adquirente, en el ámbito jurídico-privado, en razón de la calidad e idoneidad de las cosas y productos objetos de contratación (obligaciones de información, previsión, seguridad, etc.).

En suma, como dice RUSSO, el esquema legal no sólo tutela la adquisición, sino también la calidad, la extensión y el contenido de lo adquirido. El vendedor no sólo queda obligado a dar cumplimiento al efecto fundamental, traslativo, sino también a asegurar a la esfera jurídica del comprador todas las utilidades deducidas en el contrato (RUSSO, p. 287; en la misma línea, COSTANZA, p. 154; y CABELLA PISU, p. 242).

## II. REGIMEN JURIDICO DE LA «GARANTIA» DEL ARTICULO 11 LCU

6. En el estudio de la «garantía» del artículo 11 LCU es punto obligado el análisis de su ámbito objetivo de aplicación. Tarea ingrata, dada la diversidad y abundancia de las opiniones vertidas sobre este específico aspecto, lo que obliga a realizar un somero resumen del *status quaestionis*.

a) Se ha sostenido que esta «garantía» se aplicaba únicamente a los bienes industriales y maquinaria (CARLÓN, p. 65; F. ROMANO, p. 29). Son opiniones fundadas en el origen de la figura, ciertamente vinculado a tales objetos, y en la configuración legal italiana de una figura similar (*garanzia di buon funzionamento*: artículo 1.512 *Codi-*

ce). Sin embargo, es patente que la «garantía» del artículo 11 LCU tiene un ámbito mucho más extenso.

b) Otros autores excluyen a los bienes inmuebles como posible objeto de esta «garantía», basándose también en la génesis histórica de la figura y en la tendencial autonomía de la compraventa inmobiliaria (cfr., por ejemplo, GRECO/COTTINO, p. 365). No obstante lo cual, es evidente que el artículo 11,2 LCU habla de «bienes duraderos» y que, bajo cualquier óptica que se adopte, un bien inmueble pertenece a tal categoría.

c) Por lo general, la mayoría de los autores excluye los bienes consumibles, por cuanto serían de uso instantáneo. La única discrepancia a este respecto la formula agudamente BIANCA, para quien el aspecto durable de la «garantía» no se ve obstaculizado por el carácter consumible del bien: un bien consumible puede ser, tras su adquisición, almacenado y, tiempo después, cuando vaya a ser consumido, presentar vicios o defectos que exijan la protección del comprador (BIANCA, [I], p. 271).

d) Se suele excluir también aquellos bienes que han sido objeto de una reglamentación sobre su composición, prestaciones, duración, cualidades, etc... (productos con sustancias tóxicas, productos farmacéuticos y ascensores, bebidas alcohólicas, etc...) (r. BERCOVITZ, [II], página 217).

La apreciación es muy interesante, porque demuestra que la reglamentación circunstanciada imperativa es el sustituto del mandato genérico que, en el fondo, contiene el art. 11 LCU, para todos los demás bienes. Evidentemente, esta reglamentación tiene honda trascendencia en el plano del Derecho público —y eventualmente en el Derecho penal—, pero no es menos apreciable su juego en el plano del Derecho privado: pensemos, a título de ejemplo, que la infracción de reglamentos ha sido desde siempre un criterio seguro para imputar la responsabilidad contractual.

e) Finalmente, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en excluir del artículo 11 LCU a los servicios (*Contra*, sólo DUQUE, p. 77), lo cual parece razonable: el artículo 11 LCU, como ya hacía el artículo 1.484 del Código civil, piensa en cosas corporales y, desde luego, en obligaciones de dar. La problemática de las obligaciones de hacer se resolverá por las reglas generales de la responsabilidad contractual, sin necesidad de esta «garantía» teniendo en cuenta, en todo caso, el mandato indiferenciado contenido en el art. 11,1 LCU.

En realidad, hecho este breve repaso, podemos advertir que dilucidar qué hayamos de entender por bien duradero es una cuestión de escasa importancia. En efecto, el art. 11,1 LCU contiene un mandato ambicioso, que no sólo, como veremos, va a dotar de un contenido mínimo inderogable a la «garantía» que el artículo 11 después regula, sino que se aplicará a todas las relaciones contractuales que se cele-

bren dentro del ámbito de aplicación de la Ley (En este sentido, DUQUE, p. 77; y R. BERCOVITZ, [II], p. 217, quien entiende que el artículo 11,1 es el mínimo inderogable para toda relación de consumo, y expresamente considera el artículo 11,2 como una concreción, en el ámbito de los bienes duraderos, del principio ya expresado por el artículo 11,1 LCU).

Incluso, si aceptamos que las «novedades» de esta «garantía» no son tantas, siendo ésta fundamentalmente una modalización de la obligación de saneamiento del Código civil, la cuestión puede llegar a ser intrascendente.

Así por ejemplo, aunque llegásemos a excluir a los inmuebles, a éstos se les aplicarán las disposiciones contenidas en el C.c., coadyuvadas por lo dispuesto en los arts. 11,1 y 13,2 LCU y en el RD 515/89, de 21 de abril, y por la doctrina pretorial que la jurisprudencia ha ido elaborando en esta materia. O sea, un adquirente de inmuebles poco gana con la aplicación del art. 11, en sus párrafo 2.º y 3.º, y por ello la cuestión le resulta casi intrascendente. Y esta precisión es importante hacerla, porque justamente en el momento presente se oyen voces que reclaman una «garantía» específica para las compraventas inmobiliarias, como medio para conseguir una mayor tutela del adquirente. Sin prejuzgar esa necesidad de mayor tutela —que posiblemente exista—, ésta no vendrá dada por la creación de ninguna «garantía», que, en su caso, merecería la misma interpretación que estamos aquí ofreciendo a la ya contenida en el art. 11 LCU. Hay que evitar ser deslumbrados por el fenómeno de fragmentación de la obligación de saneamiento (paralelo al proceso de diferenciación de los bienes, según su naturaleza típica), y por el uso de términos novedosos, importados de legislaciones foráneas.

En conclusión, lo que importa resaltar es un doble dato: 1) el régimen codificado de la obligación de saneamiento está superado, quedando su aplicación a las relaciones que no se someten a la LCU, manteniendo en ellas caracteres tales como su dispositividad, o la imputación de los daños y perjuicios sobre el criterio estricto de la mala fe, pero asumiendo otros rasgos, que hoy claramente quedan confirmados por el artículo 11 LCU (posible juego de la acción de exacto cumplimiento, que, en realidad, era ya antes deducible de los principios generales de la responsabilidad contractual); 2) la «garantía» del artículo 11 LCU sirve para adaptar la tradicional obligación de saneamiento a la realidad del tráfico contemporáneo, y consigue hacerla aplicable a la inmensa mayoría de los intercambios que en nuestra sociedad (sociedad de consumo, por excelencia) se producen.

7. Cuestión de ineludible tratamiento es la que plantea qué vicios o defectos quedan cubiertos por la «garantía» del art. 11 LCU; cuestión de dificultosa resolución, habida cuenta de la casi absoluta indefinición de que, sobre este extremo, el artículo 11 LCU hace gala.

El art. 11 LCU, en efecto, no define qué haya de entenderse por «utilidad o finalidad» del producto, ni define qué deba ser «defecto o deterioro», ni «garantía de calidad o nivel de prestación». Puesto que la exigencia del carácter originario del vicio nos lleva a otra problemática muy diversa, la única indicación útil que nos ofrece, es la exigencia de que, tras una eventual reparación, el objeto «revista las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» (luego, *a fortiori*, igual exigencia debe jugar, como mínimo, antes de la reparación).

Esta indefinición impele a algunos autores a realizar afirmaciones, que merecen una ligera reflexión:

a) Es frecuente que se afirme que, mientras el código utiliza un concepto restringido de vicio (vicio redhibitorio), la «garantía» del art. 11 LCU va a proteger al adquirente frente a *todo* tipo de vicios o defectos (ALPA, p. 460; ANCEL, p. 212; DUQUE, p. 76; CARLÓN, pp. 44 y 72, entendiéndose que la mera falta de funcionamiento no es un vicio redhibitorio cubierto por el art. 1.484 C.c.).

Para llegar a esta conclusión, se dice que la tradición nos lega un concepto de vicio corporal, material, consistente en alteraciones físicas o taras, en concordancia con el predominio en el Código de una compraventa que tiene por objeto una cosa corporal. Mas lo cierto es que, desde la época más antigua del Derecho romano, se obligaba a responder al vendedor por los *dicta et promissa* que hubiese realizado, con independencia de la materialidad del vicio o defecto.

ARANGIO nos confirma que, a medida que fue decayendo el formalismo, toda declaración del vendedor, relativa a la compraventa, hecha en cualquier modo, tenía valor vinculante para el vendedor, en un proceso paralelo a aquel que amplió el concepto de dolo, hasta introducir en él a la reticencia y a diversas conductas contrarias a la *fides* (ARANGIO-RUIZ, p. 360).

En cualquier caso, el mismo Edicto edilicio nos demuestra que el vicio redhibitorio no se reducía a los *vitia corporis*, ya que viciosos se consideraban el esclavo que, por haber cometido varios delitos, está sometido a la *actio noxae*, el esclavo *fugitivus* o *erro*, el que ha participado en el circo como gladiador y el que se ha intentado suicidar (Cfr. ARANGIO-RUIZ, p. 356).

Sea como fuere, lo cierto es que hoy, es *communis opinio* el propugnar un concepto de vicio funcionalizado, definido por la buena fe objetiva, que desdibuja las clásicas distinciones —nunca nítidas— entre vicios, faltas de cualidades y *aliud pro alio*, y las sustituye por la idea globalizadora de la «no conformidad» o de la infracción de la «expectativa legítimamente esperable por el comprador».

En este sentido, MORALES [I], p. 652; GORLA [II], p. 878; RIVERO, p. 66, donde habla de «anomalía»; R. BERCOVITZ [II], p. 260, po-

niendo como ejemplo la evolución que ha sufrido la noción de «vicio ruinógeno» del art. 1.591 C.c.

Y en el Derecho Romano se planteó el problema de distinguir entre *vitium* y *morbus*, lo que no alcanzó nunca satisfactoria resolución, entendiéndose que lo esencial era que el defecto fuese permanente, anterior a la compraventa, y de tal entidad que eliminase o redujese sensiblemente la utilidad del *mancipium* (ARANGIO-RUIZ, p. 364).

Por tanto, es lógico que el art. 11 LCU supere el desfasado concepto de vicio redhibitorio corporal, pero es falso que ello sea hoy novedad introducida por esta Ley: la definición de vicio que el art. 1.484 C.c. ofrece, basta y sobra para asumir las hondas transformaciones que la praxis ha ido imponiendo en esta materia.

No me parece necesario el empleo de la distinción vicios/falta de cualidades que, por ejemplo, propugna PARRA (p. 530): ello es comprensible en Italia, donde la letra del *Codice* lo exige, pero crea confusión en España, donde ni el art. 1.484 C.c., ni ahora el art. 11 LCU, establecen tal dicotomía.

También me parece dudosa la opinión de esta autora (*ibidem*), de que los vicios o falta de cualidades leves queden cubiertos por la «garantía» (o, alternativamente, por la obligación de saneamiento del C.c. modalizada), mientras los vicios o defectos graves se llevarán al art. 1.124 C.c. La razón de mi reparo no estriba en que los remedios sean incorrectos (antes bien, al contrario), sino en que se conciben como si tuviesen naturalezas jurídicas distintas, para supuestos de hecho claramente diferenciados, lo que, a mi entender, es injustificado: ya sea grave o leve el vicio o defecto, el supuesto de hecho revela el mismo conflicto de intereses, por lo que entrará siempre en juego la «garantía» del art. 11 LCU (que no es sino la obligación de saneamiento del C.c.), ocurriendo que, si el vicio o defecto es leve, el acceso a la acción redhibitoria (o a la acción resolutoria *ex art.* 1.124 C.c.) queda vetado, y sólo cabrá exigir el exacto cumplimiento (reparación y/o sustitución), mientras que, si el vicio o defecto es grave, el acceso a tales acciones queda expedito. Es decir, existe un funcionamiento normal de las reglas generales de la responsabilidad contractual (el entender que la obligación de saneamiento se aplica a los vicios leves no puede sostenerse: basta pensar en el art. 1.487 C.c., que está concibiendo un vicio difícilmente superable en gravedad: el que destruye la cosa).

E igualmente disiento de la opinión de A. BERCOVITZ, de que los vicios leves se cubran por el art. 11 LCU, y los graves, por la obligación de saneamiento del C.c.: la obligación de saneamiento y la «garantía» no son instituciones diferentes, ni contienen remedios distintos.

En realidad, esta pluralidad de opiniones nos viene a confirmar que acción resolutoria *ex art.* 1.124 C.c., obligación de saneamiento del C.c., y «garantía» del art. 11 LCU contemplan un único supuesto de hecho: incumplimiento contractual.

b) Para otros autores, la novedad del artículo 11 LCU estribaría en haber eliminado el carácter de oculto que debía tener el vicio en

el Código (CARLÓN, p. 72), en la medida en que la desigualdad entre los contratantes de la que parte la LCU, lleva a la eliminación del deber de diligencia y autorresponsabilidad que el Código civil imponía al comprador.

En realidad, el carácter oculto del vicio no debe ponerse en conexión tanto con un supuesto deber de diligencia del comprador, que denota una clara aproximación subjetivista (así, por ejemplo, R. BERCOVITZ [I], p. 786, que lo equipara al requisito de la excusabilidad en la teoría del error-vice), cuanto con la delimitación del contenido del contrato y la determinación de lo debido por el vendedor.

Así enfocada la cuestión, cierto es que la imposición de una obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, hace que por debajo del mismo se desdibuje la operatividad de la tradicional distinción entre vicio oculto y vicio aparente. Ahora bien, por encima de ese nivel mínimo, el requisito seguirá jugando, de modo que el vicio aparente determinará la reducción del contenido obligacional del contrato y la consiguiente exclusión de toda eventual responsabilidad del vendedor (por el vicio), así como idéntica consecuencia tendrá el vicio interno, pero conocido por el comprador. E, incluso por debajo de ese nivel mínimo impuesto por la ley, jugará la apariencia/cognoscibilidad del vicio, en aquellos supuestos igualmente admitidos por la ley (arts. 1.489 y 1.493 C.c.) donde, gracias a la suficiente publicidad, es claro que se realiza una compraventa de desecho o de saldos.

Por tanto, la imposición de un nivel mínimo inderogable de calidad e idoneidad determina una cierta erosión del criterio tradicional del carácter oculto del vicio, y una ampliación del ámbito de protección dispensable al adquirente consumidor. Pero ello tampoco es un cambio tan revolucionario, puesto que el artículo 1.484 del Código civil ofrecía un criterio (comprador perito/profano), que hubiese permitido llegar, mediante el recurso de la buena fe objetiva, en la mayoría de los supuestos, a conclusiones similares.

c) Por último, son numerosos los autores que estiman que la novedad introducida por el artículo 11 LCU, consiste en la eliminación del requisito de la gravedad del vicio, ya que el tenor literal del precepto no menciona tal dato (ANCEL, p. 212; PARRA, p. 530; A. BERCOVITZ, p. 157).

Sin embargo, la exigencia de la gravedad del vicio nunca ha funcionado en relación a la obligación de saneamiento en sí, sino que lo ha hecho en relación a la admisión de la acción redhibitoria. Por tanto, en la medida en que el artículo 11 LCU no regula esta acción, que entiende bien y suficientemente contemplada en el Código civil, se explica por qué no haya alusión en el artículo 11 LCU a la gravedad o a las nociones equivalentes (en clave subjetivista), que el artículo 1.484 del Código civil emplea.

Y ello no nos debe llevar a engaño: la gravedad no incide en el juego de la «garantía», sino sólo en su interior, discriminando qué

remedios concretos proceden (así, agudamente, RUBINO, p. 672). De suerte que, cualquier menoscabo en relación al nivel óptimo hará entrar en juego la posibilidad de exigir el exacto cumplimiento, pero sólo el vicio o defecto grave permitirá, en el modo en que veremos en el punto 9 a), acudir a la acción redhibitoria.

En suma, respecto al tipo de vicio de defecto cubierto, el alcance innovador del artículo 11 LCU es bastante menor de lo que se suele afirmar. Tan sólo introduce un factor clave, que aumenta las posibilidades de protección que se podían alcanzar con el artículo 1.484 del Código civil: la positivización del ya referido nivel mínimo, que limita la autonomía de la voluntad de los contratantes, y que se extrae del alcance genérico del mandato contenido en el artículo 11,1 LCU, de la clara exigencia del artículo 11,3 a), interpretada extensivamente para englobar también el artículo 11,3 b), y del dato complementario que ofrece los artículos 10,1 6) LCU (para los supuestos en que la «garantía» se encuentre inserta en condiciones generales), y 27 y 28 (cuyas nociones entiendo aplicables al artículo 11 LCU, sobre la base de la indudable «unidad temática»).

8. El artículo 11 LCU consagra el tradicional requisito del carácter originario del vicio o defecto, que siempre ha servido para deslindar aquellos supuestos cubiertos por la obligación de saneamiento (hoy transmutada en «garantía») de aquellos otros en los que se discute una cuestión de riesgo (*periculum emptionis*), o un incumplimiento de la obligación de custodia del vendedor (arts. 1.094 y 1.468 y Código civil).

Sin cuestionar este esquema, la doctrina es unánime en señalar que la gran innovación del artículo 11 LCU es la consagración de una presunción de preexistencia al contrato del vicio o defecto alegado por el comprador.

CARLÓN, pp. 71 y 73; DUQUE, p. 78; ANCEL, p. 211; R. BERCOVITZ, p. 156; y PARRA, p. 531, apoyándose en la idea de que el legislador impone aquí al vendedor una obligación de resultado. Con ello esta autora se alinea entre los que utilizaron la distinción obligación de medios/obligación de resultado para justificar pretendidas inversiones probatorias o presunciones legales, lo que está especialmente generalizado en la doctrina y jurisprudencia francesas.

¿Será éste el gran descubrimiento que la moderna tutela al consumidor ha desvelado? No lo creo: en el artículo 11 LCU ni hay presunción de originaria defectuosidad, ni existe ninguna inversión de la carga de la prueba; hay un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual. Como ya expusimos, el vendedor demandado sobre la base del artículo 11 LCU no será condenado ineludiblemente, sino que podrá probar que, en realidad, él cumplió su prestación, ya sea negando la existencia del vicio, ya sea probando que, aunque el vicio exista, él entregó el objeto en per-

fecto estado, o que el vicio proviene del uso indebido del comprador (distinto, en su caso, al modo especificado en el folleto de instrucciones, o abusivo: uso semi-industrial, o inadecuado: se instaló mal el aparato, no se realizó el adecuado mantenimiento), o porque el vicio o defecto proviene de un caso fortuito posterior al contrato (*periculum emptiois*), o porque se produjo como consecuencia de la acción de un tercero. E incluso podrá el vendedor intentar probar que, aunque no cumplió, se debió a un caso fortuito (lo que, dada la fisonomía del supuesto de hecho y la normal naturaleza del objeto vendido, es una posibilidad remota).

Como se observa, se trata de un funcionamiento idéntico al propio de toda hipótesis de responsabilidad contractual (cfr., por todos, F. JORDANO, [I], pp. 232 y ss.). Si alguna novedad existe, no se trata de un innovación procesal: la adopción de un criterio funcional de vicio o defecto permite que el comprador pueda alegar el incumplimiento material del contrato sin necesidad de individualizar el vicio o defecto concreto, bastándole probar que el producto que adquirió no funciona o no sirve para el uso al que estuviese destinado, porque ello ya es de por sí incumplimiento material de la prestación, suficiente para poner en marcha el juicio de imputación propio de los casos en que se discute sobre la responsabilidad contractual. Y esto en modo alguno puede sorprendernos: idéntico régimen seguía el código civil en su artículo 1.497, facilitador de la prueba del comprador (MORALES [I], P. 682).

Y tampoco debe sorprender que al vendedor le corresponda el riesgo de la incerteza o de la falta de prueba o de la causa ignota, pues tampoco ello es ninguna novedad respecto al régimen general aplicable a todo deudor. A lo cual no empece, claro está, que, cuando se pretenda el íntegro resarcimiento, sea el comprador quien corra con la carga de la prueba de la mala fe del vendedor (*dolo o culpa lata*), como también se deduce de los principios generales del ordenamiento.

9. A) Al tratar del contenido de la «garantía» del artículo 11 LCU, hay que partir del recordatorio de una obligación de saneamiento donde la doctrina excluía el posible juego de una acción de exacto cumplimiento, y cuyo único contenido venía representado por las acciones edilicias.

Múltiples razones abonaban esta configuración: *i)* la tenaz negativa a aproximar la obligación de saneamiento a la responsabilidad contractual, impedía toda integración de aquélla con los principios de ésta (lo que, a la postre, mediante el típico argumento tautológico, servía para decir que la obligación de saneamiento no era figura de responsabilidad contractual porque no recogía la acción de exacto cumplimiento). *ii)* El predominio de la compraventa de cosa específica, verosímelmente la única conocida bajo el nombre de *emptio-venditio* en el Derecho

romano, determinaba que el vicio o defecto se viera como irreparable en la mayoría de los casos, y la sustitución no viable, dado el carácter infungible del objeto. *iii*) La concepción estricta del sinalagma obligacional del contrato de compraventa, reducido a la entrega/pago del precio, a lo que se añadía una concepción de la obligación de entrega igualmente restringida a su función en el plano transmisivo, forzaba a excluir toda idea de incumplimiento —siquiera fuese éste inexacto—, desde el instante en que la entrega hubiese sido realizada. Análogamente, la imposición de una eventual obligación de reparar o de sustituir equivalía a la imposición de una obligación de hacer, diversa a la típica obligación de dar, única integrante del esquema obligacional del contrato, y determinante, por ello, de una novación, que exigiría siempre el consentimiento del vendedor. *iv*) Al verse la obligación de saneamiento como institución no sólo ajena a la responsabilidad contractual, sino también excepcional, los silencios del Código en su regulación no podían ser colmados, pues ello habría significado la interpretación extensiva de una norma odiosa (como fiel exponente en la actualidad de esta concepción, CARLÓN, pp. 60 y 71). *v*) Posiblemente influía también en el silencio del Código la característica mentalidad liberal: la acción de exacto cumplimiento se ve como el típico objeto de un pacto modificativo de la obligación de saneamiento, posibilidad lícita que el Código no puede estar recordando a cada instante, habiéndolo ya dejado bien clara la dispositividad de la figura.

No es, pues, extraño que la doctrina pregone como novedad fundamental introducida por el artículo 11 LCU la consagración de la acción de exacto cumplimiento (por todos, BIANCA [I], p. 270). Ahora bien, la novedad es muy relativa: desde que cayó en desuso el modelo de la compraventa de la cosa específica e infungible, y se impone la compraventa de consumo, ya sea sobre cosas específicas, pero fungibles, al pertenecer a una serie o *standard*, ya sea en los modelos propios de la tradicional compraventa genérica, que precisa de la especificación posterior, la acción de exacto cumplimiento se ha ido admitiendo en todos los supuestos. La compraventa mercantil nos ofrece el ejemplo más claro, pero no el único, pues en el contrato de obra, donde tampoco se mencionaba, y donde también han prevalecido a veces los prejuicios inherentes a la noción de «garantía», la jurisprudencia admite inquebrantablemente tal posibilidad. El enriquecimiento del contenido obligacional del contrato; la pérdida del carácter excepcional de la obligación de saneamiento; y el afianzamiento de la acción de exacto cumplimiento como un principio general de la responsabilidad contractual (con un cierto paralelo en la extracontractual: resarcimiento en forma específica), eran factores que habían determinado que, aun sin el artículo 11 LCU, algunos autores defendiesen, ya en la obligación de saneamiento del Código, el juego de esta acción (GIORGIANNI, pp. 50 y ss.; AMORTH, *passim*; Salv. ROMANO, p. 225; R. BERCOVITZ [II], p. 219; DUQUE, p. 75, quien nos recuerda que muchos autores admiten subrepticamente esta posibilidad a

través de la acción estimatoria; CABELLA PISU, p. 248; MORALES [II], p. 671, pero sólo cuando el vendedor sea también fabricante).

Con ello, relativizamos el carácter supuestamente novedoso de esta consagración legal y, desde luego, rechazamos las posiciones de aquellos autores que deduzcan de ella la naturaleza autónoma de la garantía: a diferencia de la obligación de saneamiento del Código civil, que se concibiría exclusivamente bajo una óptica resarcitoria, la «garantía» del artículo 11 LCU estaría dotada de un contenido obligatorio positivo *in conditione*: la obligación de reparar o sustituir la cosa, que nace cuando se descubre el vicio o defecto en la cosa vendida. (Para más información sobre esta corriente, *vid.* el punto 2 de este trabajo).

Ya adelantamos que la finalidad fundamental que persigue esta corriente, estriba en el intento de eliminar o, al menos, de limitar en lo posible el acceso a la acción redhibitoria, que es el remedio verdaderamente odioso para los intereses del sector productivo. Con esta construcción se elimina *in radice* el *ius electionis* que los artículos 1.124, 1.489 y 1.499 ofrecen al comprador cumplidor, y lo más curioso es que tal maniobra se enmascara, apelando a pretendidos intereses generales (ANGEL, p. 212), o a un mayor respeto al interés del comprador (PARRA, pp. 525 y 538, llegando a afirmar que ese interés del comprador le «impide» solicitar la sustitución o resolución, hasta que no se haya intentado la reparación [p. 539]).

Descartada en el plano dogmático esta concepción y sus consecuencias en el lugar oportuno, procedamos a demostrar aquí, que también en el plano de la estricta literalidad del artículo 11 LCU, debemos llegar a idéntica conclusión de rechazo.

Ante todo, recordemos que imponer límites a la acción redhibitoria no es algo nuevo: en primer lugar, la propia brevedad del plazo, que se remonta ya al Edicto edilicio, parece justificarse históricamente por la novedad revolucionaria que suponía tener que introducir una figura que declaraba ineficaz el contrato, allí donde, como en el *ius civile*, se desconocía el fenómeno de resolución contractual (ARANGIO-RUIZ, p. 369). Y en segundo lugar, el requisito del art. 1.484 del Código civil «que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ello» no es sino la expresión de un requisito *objetivo* (referido a las cualidades de la cosa), en clave subjetivista (reflejado en el conocimiento del comprador), que el legislador imponía para que pudiese accederse a la acción redhibitoria.

Así, MORALES [I], p. 645: «el comportamiento expresa en el artículo la intensidad del defecto y no su naturaleza (subjetiva), pues no puede ser aislado de la propia referencia, básica en el texto legal, al uso al que la cosa se destina (...). Se trata del comportamiento que previsiblemente, dada la magnitud del defecto, hubiera mostrado un

comprador normal». Que sea así, se percibe con mayor claridad, según este autor, en el art. 1.483, y también es útil, a mi juicio, observar los arts. 1.479, 1 y 1.469, 3.º y 4.º, y especialmente el art. 1.491, donde la limitación que se introduce va referida exclusivamente a la redhibición.

Por tanto, no es ninguna novedad que se afirme que en el art. 11 LCU se limite en el tiempo el ejercicio de la acción redhibitoria y que se le exigen ciertos presupuestos objetivos, y ello es, al contrario, esclarecedor de su similitud (o identidad) con la acción de resolución del art. 1.124 del Código civil.

El análisis de la acción redhibitoria podría ser objeto de un trabajo autónomo, pero baste aquí señalar, que parece probable sea el primer precedente de la acción resolutoria del contrato, que es una medida que surge en el Derecho romano en época muy tardía. Ello explica que hasta la Codificación no se plantease ningún problema para compatibilizar ambas acciones, pues se carecía de una acción resolutoria general, bastando y sobrando la *actio ex empto* (idéntica razón motiva que no concurría la regulación específica de la responsabilidad por vicios, que se hacía igualmente valer mediante la *actio ex empto*, con una hipotética acción general de responsabilidad contractual, que no se consagra hasta la Codificación, existiendo antes, debido quizá al sistema romano de acciones típicas, una pluralidad heterogénea de supuestos de responsabilidad contractual, resueltos con criterios diversos y específicos). Es al promulgarse el Código cuando la naturaleza de la acción redhibitoria (y, paralelamente, de la obligación de saneamiento) se enturbia, al concurrir dificultosamente con la acción resolutoria general, de la cual parece diferenciarse al conceder un resarcimiento aparentemente limitado a los gastos del contrato, y al someter el ejercicio de la acción a un plazo breve de seis meses (art. 1.490 C.c.), que se convierte en un plazo de 30 días en el art. 342 C.com. Es en estos momentos cuando se intenta llevarla a los terrenos propios de los vicios del consentimiento, lo que la hacía aproximarse a una acción de impugnación del contrato (algo completamente ajeno a los orígenes de la figura en el Derecho romano). Pasado este período histórico, no muy largo, de exaltación voluntarista (que llega a ser, no obstante, tan fuerte que introdujo en el C.c. un art. 1.494,2 de nuevo cuño, no existente en el art. 1.416 Proy. 1851, que parece aludir a una acción de nulidad por error-vicio), la acción redhibitoria se va paulatinamente aproximando a la acción resolutoria: el uso creciente del art. 1.124 C.c., por parte de los tribunales, para abordar supuestos de vicios así lo demuestra; la previsión legal de la indemnización de los gastos del contrato por parte del vendedor es una buena prueba de que estamos en terrenos resarcitorios, extendidos, como en toda acción resolutoria, al interés contractual negativo y que dudosamente tienen un ámbito tan restringido como se suele afirmar, y, aún teniéndolo, obedecería exclusivamente a presupuestos ideológicos del legislador liberal, que, hoy, en cualquier caso, como veremos a continuación, quedan completamente superados, sobrepasándose, sin duda la escueta alusión a tales

gastos; tradicionales diferencias que se han querido establecer, como aquella que vería en la acción redhibitoria una mera acción personal, no retroactiva, y que no podría afectar a terceros, caen hoy: ambas acciones (resolutoria y redhibitoria) son plenamente retroactivas y, si no afectan siempre a terceros subadquirentes, no es por una pretendida naturaleza personal, sino por el juego de los conocidos preceptos legales que consagran una tutela de la apariencia. Y, como hemos dicho, el requisito del art. 1.484 para permitir el acceso a la acción redhibitoria, se sustancia en un típico análisis de la gravedad del incumplimiento, con perfecto paralelismo con aquel que jurisprudencialmente se realiza para permitir el acceso a la acción resolutoria *ex art.* 1.124.

Paralelismo que expresamente salta a la vista en la dicción legal del art. 1.498 (como MORALES, [I], p. 681, reconoce), y que ya en el Derecho romano se afirmaba: «*quia venditionis est resolutio redhibitoria*» (D, 41, 2, 13, 2) o «*Iubent aediles (...) resoluta emptione nihil amplius consequatur quam (non) haberet, si ven ditio facta non esset*» (D, 21, 1, 23, §1), destacando en este último fragmento no sólo la expresa declaración de que el efecto de la redhibición es la resolución de la compraventa, sino también la nítida afirmación del resarcimiento del interés contractual negativo.

Lo único, pues, que podría ser novedoso en el artículo 11 LCU sería la introducción de un nuevo y exclusivo criterio para valorar la gravedad del incumplimiento: la reparabilidad o no del vicio o defecto (así, ANCEL, p. 226). Si ello fuese así, el artículo 11 LCU habría recepcionado, a hurtadillas, el interés de los empresarios, pues estaría eliminando virtualmente la acción redhibitoria.

Pero ello no parece ser así: el artículo 11 LCU ciertamente concede importancia al dato de la reparabilidad, pero lo hace como índice objetivo no exclusivo, sino concurrente con el criterio legal expreso de las «óptimas condiciones que debe revestir el bien», y con el igualmente legal criterio del *ius electionis* del comprador insatisfecho, reiterado en los artículos 1.124, 1.484 y 1.499 del Código civil, subordinado a la gravedad del vicio redhibitorio (del incumplimiento resolutorio).

Por consiguiente, habiéndose revelado un vicio o defecto cubierto por el artículo 11 LCU, el adquirente consumidor tendrá estas opciones:

*i)* Si el vicio o defecto es de una entidad seria, apreciable desde el principio, presagiando una reparación delicada que difícilmente permitirá que el objeto alcance las condiciones óptimas, el comprador tiene derecho a solicitar la sustitución o la resolución del contrato. Lo mismo hay que entender para el caso en que, siendo posible una reparación satisfactoria, ésta vaya a exigir o exija, en el caso concreto, un sacrificio para el comprador superior a lo que, según buena fe, es razonable. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando, estando ya en marcha la reparación, ésta se eternice o dilate, de modo que sea apreciable un perjuicio grave o considerable para el comprador, lo que

le legitima para resolver el contrato (A. BERCOVITZ, p. 157; R. BERCOVITZ [II], p. 221).

ii) Si el vicio o defecto es de poca entidad y es fácilmente reparable, lo normal será que el comprador deba acudir a la reparación, sin poder acudir a la sustitución o resolución, según lo impone la doctrina jurisprudencial del artículo 1.124 del Código civil, y la buena fe (arts. 7,1 y 1.258).

iii) Tras una primera reparación, no satisfactoria, el comprador puede rechazar una segunda (R. BERCOVITZ, [II], p. 219), y exigir, a su elección, (R. BERCOVITZ, p. 220; A. BERCOVITZ, p. 156; *contra*, PARRA, p. 540) la sustitución o la resolución del contrato.

No creo compartible la opinión que entiende que el comprador estaría obligado a una segunda reparación, o incluso a más (CARLÓN, p. 81, que escribió —recordémoslo— antes de la promulgación de la LCU), sobre la base de la clara dicción legal del art. 11,3 b) LCU.

Cabe admitir, en cambio, la opinión de PARRA, de que el artículo no da pie para mantener una concepción laxa de las «condiciones óptimas» en que debe quedar el bien tras la reparación sino que se ajusta más al tenor de la ley, como bien dice la autora, entender que el objeto debe ofrecer unas condiciones idénticas a las de cualquier otro producto de iguales características que las suyas.

Sin embargo, no suscribo la opinión de esta autora de que el art. 11 LCU impone una secuencia temporal imperativa en los remedios disponibles: reparación —sustitución— resolución del contrato (PARRA, pp. 530-540).

Queda claro que, ante una negativa del vendedor a la reparación, el comprador no está obligado a acudir a la resolución, si no que, si lo desea, podrá pedir el cumplimiento específico del contrato (en su caso, a través del art. 1.098 C.c.), o, incluso, pedir el pago por equivalente, más los daños y perjuicios que completen el interés contractual positivo que, a diferencia del valor de la cosa (*aestimatio rei*), que no necesita prueba, pues es *per definitionem* un daño *in re ipsa*, habrán de ser cumplidamente probados. Y vemos aquí que es justamente la existencia de una verdadera alternativa para el comprador cumplidor, la que justifica la inderogabilidad del *ius electionis*, que la ley siempre le concede (arts. 1.124, 1.484 y 1.497 C.c.). El comprador cuenta siempre con dos vías diferentes —alternativas—, y debe ser él y sólo él quien elija cuál es la que, según las circunstancias, protege mejor su interés.

Y, puesto que hemos aludido a los daños y perjuicios, señalemos que estos serán exigidos, sobre el fundamento y en la extensión que veremos en la parte B) de este punto 9, a la que remito para su integración con lo aquí expuesto, pues todo (acciones de resolución y de exacto cumplimiento, y daños y perjuicios) son consecuencias de un incumplimiento contractual imputable al vendedor. (Respecto a las consecuencias del incumplimiento, cfr. F. JORDANO, [II], *in totum*; y DELGADO, pp. 223 y ss.).

Claro queda también que no es necesaria la culpa para que proceda la acción de exacto cumplimiento (idea de RUBINO, ALPA, y COSTAN-

ZA), y ello no porque no sea una consecuencia resarcitoria, que sí lo es, sino porque todo el funcionamiento del art. 11 LCU es objetivo, como objetivo ha sido siempre, a lo largo de los siglos, el funcionamiento de la obligación de saneamiento.

Tampoco plantearán problemas los eventuales cambios en la demanda (legítimos en cuanto respeten los requisitos esbozados), porque sólo implicarán cambios en el *petitum*, pero no en la *causa petendi* (el incumplimiento imputable al vendedor) (CABELLA PISU, p. 248).

Para esta interpretación me apoyo en: *i)* el art. 11,1 LCU, que ordena expresamente que en todo contrato de consumo, como mínimo, el régimen de defensa contra defectos, deterioros y falta de cualidades debe permitir siempre obtener la devolución equitativa del precio del mercado del producto, total o parcialmente, en caso de incumplimiento. Siendo este precepto un mandato mínimo de protección (R. BERCOVITZ, [II], p. 215), es evidente la imposibilidad de eliminar la acción redhibitoria; *ii)* el art. 7 LCU, que ordena la aplicación, en todo caso, junto a las medidas de la propia LCU, de todo lo previsto en las normas civiles y mercantiles, como no podía ser de otra manera; *iii)* la interpretación finalista, de puro sentido común, de que si nuestra tesis no fuese aceptada, la LCU habría servido a intereses diversos de aquellos para cuya defensa se promulgó.

9. B) En rigor, en el análisis sobre las acciones con que cuenta el comprador, deberíamos haber hecho alusión más completa a los daños y perjuicios exigibles por éste, puesto que unas y otros son consecuencias jurídicas que siguen a un único e idéntico supuesto de hecho, cual es el incumplimiento imputable al vendedor. Sin embargo, la complejidad específica de la cuestión de los daños y perjuicios exigibles en cada caso, en buena parte debida a razones históricas, obliga a un tratamiento particularizado, para su mayor claridad.

El Código pareció zanjar definitivamente esa complejidad, asentándose sobre dos principios muy claros: *i)* dominado el legislador por la ideas de que toda obligación de resarcir tiene su fuente propia en el dolo o culpa, y de que los residuos objetivos, heredados del Derecho romano (obligación de saneamiento, supuestos de custodia, algunos preceptos en sede de responsabilidad extracontractual), son excepcionales y, por tanto, a interpretar restrictivamente, parece consagrar que en un estricto supuesto de vicios redhibitorios, sólo se proceda a una simple resolución (redhibición) y consiguiente restitución, o a una mera reducción proporcional del precio pagado (una resolución parcial, con la consiguiente restitución parcial). Para que el comprador pueda pedir daños y perjuicios, el Código exige no una simple culpa en el vendedor, sino que su estado intelectual denote el conocimiento de los vicios en el objeto que vendió; *ii)* apoyando sin duda a las clases mercantiles emergentes, unifica todas las acciones ejercitables en esta materia, sometiéndolas al plazo breve de seis meses (art. 1.490 C.c.), que se con-

vierte en el brevísimo de 30 días en el art. 342 C.com. (al que —recordémoslo— durante muchísimo tiempo, se han sometido las compraventas de consumo, hoy nítidamente «civiles»).

Ciertamente, las posiciones del Código son claras, y parecería fundado decir, con MORALES, que no es posible mezclar el problema de las acciones edilicias, que son un efecto del contrato, basadas en el mero dato objetivo de la presencia de vicios, y la acción de indemnización, que estaría basada en la conducta del vendedor, que sería la base de un supuesto autónomo, generador de responsabilidad típicamente precontractual (MORALES, [I], p. 627, y [II], *passim*; BADO-SA, p. 226).

Pero, no obstante su claridad, nunca hay que olvidar que estas soluciones del Código representan tan sólo una mera contingencia histórica, que se desvía profundamente de sus precedentes históricos.

Hemos ya aludido varias veces a que la *actio empti* fue el cauce procesal en que, en época tardía, confluyeron los diversos remedios que el Derecho romano había alumbrado para un comprador ante un supuesto de vicios ocultos. Este dato determinó: *i)* que la *actio doli*, que era uno de los remedios del *ius civile*, de alcance resarcitorio (nunca anulatorio del negocio), resulte engullida, y que desaparezca todo aspecto penal, infamante, propio de esta acción. *ii)* Que el concepto de dolo se vaya ampliando, desde una originaria concepción estricta, hacia una definición muy laxa, que englobaba toda conducta contraria al canon objetivo de la *fides*, llegando incluso a englobar a la reticencia, lo que era imposible en el inicial concepto del dolo, siempre, por hipótesis, comisivo. *iii)* Que la responsabilidad del vendedor, que antes se hacía derivar del delito o de la *stipulatio sanum esse* constituida, nazca ahora del contrato (en lo cual había influido enormemente el hecho de que las acciones edilicias, surgidas como una medida de policía administrativa, en ámbito autónomo, habían prescindido ya de tales datos, para basarse en el presupuesto meramente objetivo de la existencia de un contrato y de la presencia de los vicios en el animal o en el esclavo adquirido). *iv)* Que se presenten problemas respecto a la indemnización a que tiene derecho el comprador, mezclándose el tendencial interés contractual negativo que acompañaba a la acción redhibitoria, con la pena tasada de la *stipulatio (duplum)*, y la reparación integral de la *actio doli*. *v)* Que se presenten problemas de plazo, puesto que la tradicional perpetuidad de la *actio doli* va a concurrir en el seno del único cauce procesal finalmente existente (*actio empti*, también perpetua), con los plazos breves que tenían, desde su creación, las acciones edilicias. La existencia, en apariencia, de una única acción (*actio empti*) fue inadvertidamente motivando que se tendiese a ver un único plazo, con independencia de cuál fuese el supuesto de hecho concreto, con creciente predominio del específico de seis meses para la acción redhibitoria, y de un año para la acción *quanti minoris*, sobre el perpetuo de las otras acciones.

Este breve repaso sirve para hacer ver: *a)* que nunca fue en el Derecho romano el conocimiento del vendedor el (único) criterio para im-

putar los daños y perjuicios; *b*) que nunca, mientras el aludido proceso de convergencia no cuajó, los casos, originariamente perseguidos con la *actio doli*, y luego reconducidos a la *actio empti*, se vieron sometidos a un plazo breve.

Pero, más importante que percibir la diferencia profunda existente entre el régimen jurídico del Código y sus precedentes históricos, es sin duda subrayar que tal régimen codificado no es sólo una mera contingencia histórica, sino que también es una contingencia abocada a su casi completa obsolescencia. En efecto, muy pronto se advirtió lo inicuo del sistema codificado y, en concreto, la insuficiencia del criterio del conocimiento efectivo como fundamento para la responsabilidad del vendedor (profesional), (GORLA, [III], p. 248), y doctrina y jurisprudencia empezaron a buscar vías superadoras de la literalidad del art. 1.486,2 C.c. (con lo que, curiosamente, reemergen los problemas del plazo y de la naturaleza de la responsabilidad a la que alude tal precepto, cosa que el Código parecía haber clarificado definitivamente).

Algunas de estas vías han sido:

1) Interpretar extensivamente, de forma quizá algo forzada, el concepto de «gastos pagados por el comprador» (art. 1.646,1 *code*), hasta englobar el pleno interés contractual negativo. Operación favorita de la jurisprudencia francesa, magníficamente relatada por GORLA, [III], pp. 242 y 243.

2) Aplicación *ad hoc* de la categoría de la obligación de resultado, para deducir una pretendida presunción de anterioridad al contrato de los vicios o defectos (PARRA, p. 532), o una pretendida excepcional indiferencia de la culpa en las consecuencias jurídicas que la «garantía» entraña (CARLÓN, p. 57), o, incluso, un pretendido carácter inexcusable de la afirmación de la responsabilidad del vendedor (LE TOURNEAU, p. 570: «L'absence du résultat, totale ou partielle est suffisante: elle constitue *en faute* le débiteur: le vice parle de lui-même»).

3) Intentos que buscan superar el liberalismo decimonónico que rezuma el Código, movidos por las exigencias del presente Estado social, y que retornan al filón medieval (MORALES, [II], *passim*), o que crean múltiples deberes precontractuales para el vendedor profesional (vías que ya analizamos en el punto 3 de este trabajo).

4) Entender que la obligación de saneamiento tiene como contenido normal, como siempre fue así en la Historia, el íntegro resarcimiento de los daños y perjuicios, siendo el supuesto de buena fe del vendedor un caso especial que el legislador contempla para equitativamente reducir las consecuencias dañosas transferibles al vendedor (MENGONI, [III], pp. 3 y ss, particularmente en p. 23, en una brillante construcción).

5) Entender que en los casos en que se producen daños y perjuicios para el comprador, nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual derivada del mero hecho de haber introducido en el mercado un bien dañoso o peligroso (vigorosamente, VISINTINI [I], *passim*; CABELLA PISU, p. 257; más dudosamente, GORLA, [II], p. 881). Esta

tesis consigue varios objetivos: *i)* la reparación íntegra de todos los daños; *ii)* la reparación no sólo para el adquirente, sino para toda persona dañada por el objeto; *iii)* superación del plazo breve de los seis meses; *iv)* acceso a la persona más solvente, que no siempre es el vendedor, y que frecuentemente es el fabricante.

Con independencia de la mayor o menor fortuna de estos intentos, lo incontrovertido es que el modelo del Código no es sostenible en el actual contexto socio-económico. Por ello, es muy importante, el realizar la exégesis del art. 11 LCU, verificar cómo este precepto consigue, por fin, superar el esquema codificado, y adaptar la añeja obligación de saneamiento a la praxis socio-económica contemporánea. En efecto, a mi juicio, el art. 11 LCU logra esta superación y la consiguiente adaptación de la obligación de saneamiento, insertándola armónicamente dentro de las reglas generales de la responsabilidad contractual. Por tanto, por lo que respecta a los daños y perjuicios exigibles por el comprador, quedan diferenciados dos grandes grupos de supuestos:

*a)* Todo vendedor profesional incumplidor (la falta de [exacto] cumplimiento le es imputable) no doloso o cuyo comportamiento no revista objetivamente los caracteres de una *culpa lata*, equiparable al dolo (o sea, el vendedor *que no es de mala fe*, en los términos del art. 1.468,2 C.c.), va a responder, en todo caso, en los términos que ordena el artículo 1.107,1 C.c., es decir, de los daños y perjuicios normales, probados, que se sigan (inmediata o mediatamente: esto último en el caso de la resolución del contrato) de la presencia de vicios o defectos en la cosa vendida. Y ello, evidentemente, sin perjuicio de que, según se llegue o no a la resolución del contrato, los daños previsibles (normales) indemnizables se apoyen en la ley (el contrato se resuelve) (interés contractual negativo), o en la obligación que pesaba sobre el vendedor, en tanto que subsiste infringida (el contrato se mantiene y se pide el exacto cumplimiento) (interés contractual positivo), sin perjuicio de que en ambos casos el presupuesto de hecho al que se anudan estas consecuencias alternativas, elegibles por el comprador insatisfecho, sea inmediata o mediatamente un incumplimiento imputable al vendedor de un contrato que, en todo caso, fue válidamente concluido, y sin perjuicio de que en ambos casos se resarzan, apoyados en un fundamento diverso, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante (art. 1.106 C.c.), en tanto que sean «previsibles» (normales), en la cuantía en que se prueben, y en cuanto se haya probado su derivación causal necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, o de la ineficacia sobrevenida del contrato, justificada en esa falta, según que el comprador opte —pues él tiene el *ius electionis*— por el exacto cumplimiento (en cuyo caso completarán el interés contractual positivo, cuyo primer elemento es siempre la *aestimatio rei*) o por la resolución del contrato (en cuyo caso

conformarán el interés contractual negativo, como ya el Derecho romano consagraba, es decir: «*resoluta emptio, nihil amplius consequatur quam (non) haberet si venditio facta non esset*»).

b) Todo vendedor profesional incumplidor *de mala fe* va a responder en los términos que ordena el artículo 1.107,2 del Código civil.

La mala fe que contempla el art. 1.486,2 C.c. queda, pues, englobada en el dolo *in executivis*, al que alude el art. 1.107,2 C.c., que, a mi entender, no necesariamente es un dolo malicioso, comisivo, insusceptible de interpretación extensiva (esta es la opinión de BADOSA, p. 719; y MORALES, [II], p. 599), sino que es la mera consciencia del incumplimiento, sin necesidad de *animus nocendi* o *decipiendi*, y al que sin duda se pueden equiparar todos los supuestos de *culpa lata* que socialmente vayan cristalizando, entre los que pueden incluir los casos más graves de los que hoy se ven por muchos como incumplimientos de las autónomas obligaciones de informar, prever o aconsejar, que pasan así a considerarse como deberes impuestos al vendedor, que enriquecen el contenido obligacional del contrato, y convierten su condición debitoria en una situación compleja. (Curiosamente, un apunte de esta idea en R. BERCOVITZ, [II], p. 215).

O sea, en estos casos, en los que la mala fe del vendedor (dolo o *culpa lata* equiparada) debe ser probada por el comprador, ya que la mala fe es un hecho constitutivo de una pretensión autónoma (agravación de responsabilidad), respecto a la del normal resarcimiento (F. JORDANO, [I], p. 257), el vendedor deberá responder de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación o de la sobrevenida ineficacia del contrato, apoyándose esta íntegras indemnizaciones, según que el contrato se resuelva o, por el contrario, se mantenga, en la ley (contrato resuelto: interés contractual negativo íntegro), o en la obligación del vendedor dolosamente infringida (el contrato se mantiene y se pide el exacto cumplimiento: interés contractual positivo íntegro), sin perjuicio de que en ambos casos el presupuesto de hecho al que se anudan estas consecuencias alternativas, elegibles por el comprador insatisfecho, sea (inmediata o mediatemente, en el caso de la resolución) un incumplimiento doloso o con *culpa lata* equiparada, de un contrato que, en todo caso, fue válidamente concluido, y sin perjuicio de que en ambos casos se resarzan, apoyados en un fundamento diverso, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante (art. 1.106 C.c.), en toda la extensión en que los daños se hayan producido, y se haya probado su derivación causal conocida de la falta de cumplimiento dolosa de la obligación, o de la ineficacia sobrevenida del contrato, justificada en esa falta de cumplimiento dolosa, según que se pida el exacto cumplimiento o la resolución del contrato, por el comprador, quien en todo caso tiene el *ius electionis*.

Esta interpretación enlaza con un rasgo omnipresente en materia de vicios, cual es la diferenciación del ámbito de resarcibilidad que se establece para un vendedor de buena fe de aquel establecido para un vendedor de mala fe (doloso o con *culpa lata* equiparada). El Derecho Romano nos muestra cómo el vendedor de buena fe, cuando se ejercitaba la redhibición, respondía de algunos elementos del interés contractual negativo, mientras que si era de mala fe (por ejemplo, *sciens*), en caso de redhibición, respondía de *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit* (ARANGIO-RUIZ, p. 243).

Igualmente POTHIER diferenciaba el vendedor de buena fe, que sólo respondía de los daños «dans la chose elle-même» (daños intrínsecos), y no de los daños «dans ses autres biens» (daños extrínsecos), mientras que en el caso del vendedor de mala fe (al que ya equiparaba al vendedor profesional) la responsabilidad se extendía a «tout le tort qui en résulte».

Y, por último, la jurisprudencia, tras su interpretación audazmente correctora del *Code*, determina que el vendedor de buena fe responde de todo el daño emergente (sólo en el ámbito de resarcibilidad del interés contractual negativo, como es propio de todo caso de resolución del contrato, pues dicha jurisprudencia no contempla —por las razones ya indicadas— la acción de exacto cumplimiento), con exclusión del lucro cesante, mientras que el vendedor de mala fe (al que se asimila el vendedor profesional por presunciones *iuris et de iure* de conocimiento del vicio o defecto) respondía de todos los daños.

O sea, en cualquier caso, lo crucial es advertir que siempre ha existido un tratamiento diverso para los dos tipos de vendedores, y que la diferencia siempre se ha sustanciado en limitar el ámbito de lo resarcible por el vendedor de buena fe (lo que es justamente el mandato del art. 1.107,1 C.c.). Es decir, si siempre se ha suscitado el problema de limitar el resarcimiento debido por el vendedor de buena fe a las consecuencias normales, previsibles, que se siguen de los vicios o defectos de la cosa vendida, ello siempre ha presupuesto que el incumplimiento había sido previamente imputado al vendedor. Por tanto, aunque discutiésemos si el Código reduce o no el ámbito de lo resarcible por el vendedor de buena fe a los gastos del contrato, ello presupone en todo caso, un hecho del que el vendedor debe responder en base a otras reglas: para poder plantearnos de cuánto ha de responder el vendedor de buena fe, hemos ya antes debido resolver que éste responde. (GORLA, IV, pp. 436 y 438; F. JORDANO, I, p. 220).

Esta interpretación se basa en el artículo 7 LCU, que es el apoyo legal suficiente para invocar la aplicación aquí de los artículos 1.101 y ss. y 1.124 del Código civil. Ciertamente, se podría replicar que, de igual modo, el artículo 7 LCU podría ser la base para aplicar el artículo 1.486,2 y, consiguientemente, su conocido criterio restrictivo, apoyado en el conocimiento del vicio o defecto por el vendedor. Pero, aperebímonos de un dato clave: el artículo 11,3 a) consagra como derecho mínimo inderogable del titular de la «garantía», la reparación gratuita de los vicios y defectos originarios, y *de los daños y perjuicios por ellos ocasionados*, y ello lo hace con total indepen-

dencia de la buena o mala fe del vendedor. Siendo éste el criterio del que se ha servido la ley en una modalidad del exacto cumplimiento: *reparación*, no parecería lógico admitir que, para la otra modalidad del exacto cumplimiento: *sustitución*, o para la redhibición del contrato (que está en el mismo párrafo b) del art. 11,3 LCU), se cambie de criterio. (En el sentido de que el criterio del art. 11,3 a) debe de extenderse al párrafo b), y a los casos de resolución del contrato, R. BERCOVITZ, [II], p. 221).

Por tanto, mediante la indicación del artículo 11,3 a) LCU y el reenvío genérico del artículo 7 LCU a las reglas generales del Código civil, tenemos la base para entender que la LCU ha sustituido el criterio restrictivo del artículo 1.486,2 del Código civil para la imputación de los daños y perjuicios, por el criterio general de la responsabilidad contractual, lo que significa, adicionalmente, que el vendedor de buena fe responderá en los términos del artículo 1.107,1 del Código civil y no sólo —si se probase que así lo establece el Código, lo que vimos era discutible— de los «gastos que el comprador abonó» (art. 1.486,1 C.c.).

Incluso es de señalar que el art. 11,3 a), en lo que dice, dice demasiado, pues, en mi opinión, no debemos renunciar a la diferenciación entre un deudor incumplidor de buena fe y otro de mala fe o doloso o con *culpa lata* equiparada; diferenciación que ahora se hará, no como ordenaba el art. 1.486,2 C.c, sino como lo dispone el art. 1.107 C.c.

Por ello, se puede concluir que en el art. 11 LCU procederá exigir los daños y perjuicios [con diferente ámbito, según la opción que elija el comprador insatisfecho (y diverso fundamento), y con diferente extensión, según el vendedor fuese de buena fe, o de mala fe (doloso o con *culpa lata* equiparada)], en todos los supuestos de incumplimiento imputable al vendedor, ya se pueda optar por la vía de la resolución del contrato, ya se quiera o se deba ir por la vía del exacto cumplimiento (*reparación* o *sustitución*). (Así, en general, con pequeñas diferencias de detalle, R. BERCOVITZ [II], p. 216; A. BERCOVITZ, p. 156; DUQUE, p. 77).

No comparto, pues, la opinión de PARRA, quien cree que (aunque sólo para el caso en que se proceda a reparar la cosa y no cuando se proceda a la sustitución, apegándose a la pura literalidad de los párrafos a) y b) del art. 11,3 LCU) serán resarcibles todos los daños y perjuicios: no sólo los contenidos en el interés contractual negativo (cuyo juego no entiendo, estando en discusión la acción de exacto cumplimiento), sino también el interés contractual positivo, y no sólo los intrínsecos (previsibles), sino también los extrínsecos (éstos en concurso con las reglas «ni contractuales, ni extracontractuales» (sic) del Capítulo VIII LCU) (PARRA, p. 546). A continuación entiende que no puede ser aplicable al supuesto de vicios y defectos ocultos el art. 1.107 C.c., porque la «garantía» prescinde de toda alusión a la culpa (PARRA, p.

548). A lo cual replico: ¿dónde está la exigencia de culpa como presupuesto de aplicación en el art. 1.107? En el párrafo primero se alude a un deudor de buena fe, no necesariamente culposo; y en el párrafo segundo se regula el dolo *in executivis*, que, ¿por qué no? también puede jugar en los supuestos de vicios y defectos ocultos.

Tampoco comparto las opiniones de aquellos autores que siguen entendiendo que los daños y perjuicios sólo serán exigibles cuando se aprecie culpa en el vendedor (BIANCA, [I], p. 236; RUBINO, p. 670; ALPA, p. 460; y COSTANZA, p. 136), por las razones anteriormente expuestas.

Esta interpretación no excluye que algunas conductas del vendedor puedan reunir los requisitos exigidos por el artículo 1.270 del Código civil, para el dolo-vicio, en cuyo caso se podrá proceder por la vía anulatoria pertinente (que, en todo caso, será alternativa a la fundada en el art. 11 LCU, que presupone un contrato válidamente concluido o convalidado).

La ajenidad del dolo como vicio de la voluntad a esta materia es fácilmente comprobable, puesto que la figura es una novedad histórica, como tal, hija de los postulados racionalistas, y consagrada legalmente por la Codificación. Todos los indicios apuntan a que el Derecho Romano no lo conoció como tal, siendo su alcance meramente resarcitorio, sin llegar a anular el negocio (cfr. MORALES [II], pp. 596 y ss.; y VISINTINI [I], p. 6).

Ni tampoco excluye que, aun jugando el artículo 11 LCU, el mismo supuesto de hecho pueda ser generador de responsabilidad extracontractual, exigible hoy fundamentalmente sobre la base de los artículos 25 y ss. LCU.

Entiendo preferible la compatibilidad o alternatividad de ambas vías, y no comparto con DUQUE (p. 79), que un tipo concreto de daños (los extrínsecos) deban ser necesariamente resarcidos por la vía extracontractual. No obstante la pésima coordinación de los capítulos III y VIII de la LCU (pensemos en el críptico encabezamiento del Capítulo VIII «*Garantías y responsabilidades*»), la generosa admisión jurisprudencial del concurso de acciones minimiza la problemática, y hace aconsejable para un demandante acudir a la vía extracontractual cuando el titular de la garantía no sea el vendedor, sino el fabricante (sin que, a mi juicio, en ningún caso, quede excluida la vía contractual); cuando el vendedor, por ser de buena fe, no respondería por la vía contractual de todos los daños producidos; cuando el perjudicado no ha sido el adquirente o un subadquirente, sino, por ejemplo, algún familiar de éstos; o cuando el plazo convenido de la «garantía» (juzgado correcto, según buena fe objetiva) haya expirado, y no aún el propio de la responsabilidad extracontractual.

Observemos que en esta materia se produce una clara convergencia de los compartamentos, tradicionalmente estancos, de los dos regímenes de responsabilidad, que difícilmente admiten hoy diferencias de

funcionamiento (en un plano general, cfr. F. JORDANO, [I], p. 306). Por ello, es muy importante el art. 28 LCU, que parece esbozar la noción de «infracción a la utilidad legítimamente esperada por el comprador», complementada por la no menos significativa determinación del nivel de calidad que reglamentariamente se haya establecido (así, R. BERCOVITZ, [III], p. 130) y en ello nos hemos basado para defender la «unidad temática» entre los capítulos III y VIII LCU.

Convergencia, en suma, a la que contribuye otra de las innovaciones de la LCU: la documentación de la «garantía», puesto que facilita, por el lado activo, la protección de los subadquirientes, ya que la «garantía» se entenderá transmitida como accesorio del bien, lo que les permitirá ejercitar directamente su pretensión contra el «garante»; y porque, por el lado pasivo, supone la consagración legal de la posibilidad de que sea el fabricante, y no el vendedor el «garante» (DUQUE, p. 78; CARLON, p. 64; R. BERCOVITZ, [II], p. 218). Con esta innovación, la Ley facilita el acceso a los fabricantes, que siempre han gozado de una posición privilegiada en las relaciones de mercado (DUQUE, p. 71).

Evidentemente, la documentación de la «garantía» no es un requisito *ad substantiam*, de modo que, faltando, ocurrirá tan sólo que jugará la tradicional obligación de saneamiento, dotada de las innovaciones que ha introducido el art. 11 LCU, e integrada, en cuanto al plazo, por lo que dicte la buena fe objetiva, según los principios que veremos en el punto 10 (y ello sin perjuicio de que la no entrega por escrito de la «garantía» por el vendedor, pueda constituir una infracción administrativa). (En esta línea, R. BERCOVITZ, [II], p. 221, entendiendo que garantes, en este caso, serán vendedor y fabricante solidariamente, fundándose en que tal es la tendencia jurisprudencial cuando se desea proteger al acreedor).

10. Por último, debemos abordar la cuestión relativa al plazo aplicable a esta «garantía» del artículo 11 LCU. Con lo cual, nos adentramos en un terreno muy controvertido de la problemática general de la tutela al adquirente por los vicios y defectos en las cosas que adquiere, puesto que en este punto, aparentemente intrascendente, se enfrentan claramente los intereses que en estos casos entran en conflicto.

Detectamos, en principio, una serie de autores (ANCEL, pp. 207 y 218; GROSS, p. 284), que, en base a la autonomía de la voluntad, y al carácter autónomo de la figura, admiten cualquier plazo para la misma, por breve que sea. Estas opiniones, habiendo manifestado nosotros que el artículo 11 LCU pretende ofrecer un contenido mínimo inderogable de protección al adquirente consumidor, no son de recibo. No obstante lo cual, es justo reconocer que la dificultad persiste, porque el artículo 11 LCU no señala ningún plazo mínimo para la garantía (lo que es considerado por A. BERCOVITZ p. 156, como una grave insuficiencia). En consecuencia, el único asidero para no claudicar y ver el plazo como elemento libremente ofrecido a la autonomía contractual de las partes (o sea, al poder predisponente del

vendedor profesional), viene de nuevo representado por el artículo 11,1 LCU, que permitirá rechazar todo plazo que no permita al comprador asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, o que no le permita reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro, o que le impida hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación (R. BERCOVITZ, [II], p. 219). (En su caso, cuando la «garantía» esté inserta en clausulas generales, se podrá aplicar el artículo 10,1 c) LCU).

No parece sostenible entender que el plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil sea de orden público, pues nunca ésa la voluntad del legislador; cosa distinta es que lo adoptemos como punto de referencia desde el cual, y con la buena fe objetiva como instrumento, podamos deducir un plazo adecuado a la naturaleza y función de cada bien.

La conclusión no es, desde luego, excesivamente reconfortante, pues la solución es inconcreta, pero creo que el legislador ha pretendido sustraer a la libre disponibilidad de las partes (del vendedor profesional) la fijación del plazo, y ha preferido dejarla a la apreciación judicial, a operar mediante el recurso a la buena fe objetiva, de acuerdo a la naturaleza típica de cada bien.

Esta solución no es intrascendente, pues son conocidas las enormes dificultades que el tema del plazo ha suscitado a lo largo de la evolución histórica, que no han conseguido ser acalladas ni siquiera por la unificación operada por el Código en su art. 1.490, y la brevedad que se le confiere, más acentuada aún en el plazo citado por el artículo 342 C.com. (Es curioso comprobar que el C.com. de 1829, en su art. 371, aún establecía el plazo de 6 meses, lo cual demuestra el favor dispensado por los Códigos vigentes a la clase social emergente de los comerciantes).

Probablemente fue la brevedad del plazo uno de los factores que llevó a la jurisprudencia a recurrir a la vía del error-vicio, primero, y, luego, aun siendo *communis opinio* que la obligación de saneamiento era una institución especial y ajena a la responsabilidad contractual, a recurrir a la acción resolutoria del art. 1.124 C.c., con la que nunca había el supuesto de vicios ocultos entrado en conflicto, por razones de génesis histórica ya expuestas. Esto último es muy significativo, y se lleva a cabo gracias a una vaporosa noción de *aliud pro alio*, que hoy se revela como un claro expediente verbal para ocultar lo inocultable: que en el caso de vicios y defectos de la cosa adquirida, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual (una crítica exacta y lúcida de la noción de *aliud* en R. BERCOVITZ, [I], p. 815).

También es la injusticia de este plazo breve el motivo que empuja a la búsqueda de soluciones en el plano extracontractual, intentando afirmar una autonomía respecto al art. 1.490, que permita disponer de un plazo más dilatado.

En relación al plazo, aún quedaría por resolver el supuesto en que su duración no se fije, en contravención al mandato expreso del

art. 11,2 LCU. Dejando aparte las posibles sanciones administrativas, lo cierto es que la consecuencia de Derecho privado no puede ser la nulidad de la «garantía» (como opinan ANCEL, p. 209; RUBINO, p. 671). Nos encontramos ante un caso típico donde el plazo debe ser fijado por el juez, de acuerdo a los criterios antes expuestos (R. BERCOVITZ, [II], p. 221; PARRA, p. 536; BIANCA, [I], p. 270).

En el fondo, la idea de la nulidad es comprensible en cuanto los autores citados trabajan con una figura de origen meramente convencional, que se denomina «garantía de duración» y se contrapone a la «garantía legal» (obligación de saneamiento). Por ello, la conclusión a la que llega RUBINO es acertada: sin plazo la garantía es nula, pero las afirmaciones que el vendedor haya hecho, serán tenidas en cuenta a efectos de dar entrada al juego normal de la garantía por vicios ocultos del *Codice*; ésta es la opinión coherente, y no la de CARLON, quien, entendiendo igualmente que sin plazo hay nulidad, cree que la garantía sin plazo es, además, una expresión meramente propagandística y no una asunción de un verdadero y serio compromiso por parte del vendedor: se consagraria así una fácil vía de escape para los vendedores, en modo alguno aceptable, ni hoy (art. 8 LCU, art. 2 LGP), ni en épocas antiguas (*dicta et promissa*) (CARLON, pp. 42 y 66-7).

Al mismo resultado anulatorio llegan los autores que estiman que el plazo no es de prescripción de ninguna acción ejercitable por el comprador, sino que es una condición esencial de existencia de la «obligación de garantía» del vendedor (ANCEL, p. 209; MIRABELLI, p. 141). Enfoque no sostenible, como mínimo, en España, puesto que se parte de la concepción, ya criticada, de que la «garantía» es una figura autónoma, que se sustancia en imponer al vendedor, ante determinados eventos, la obligación de reparar y/o sustituir.

Finalmente, parece plausible la opinión de DUQUE, de que la fecha a partir de la cual corra el plazo sea aquella en que la comprobación del funcionamiento sea factible para el consumidor.

*Contra*, CARLÓN, p. 68, quien entiende, por fidelidad a la letra del Código (art. 1.490), que tal fecha ha de ser, en todo caso, la de la entrega de la cosa. Tal criterio codificado es innegable, pero su justificación revela otro elemento adicional de protección a las clases mercantiles emergentes que dispensó el Código. Así, podemos observar que en el Derecho Romano los seis meses de la acción redhibitoria no son seis meses naturales, sino útiles, que comienzan a correr desde el momento en que el comprador haya tenido la posibilidad de actuar. De ese modo, no se computaba el tiempo en que el vendedor haya estado *absens reipublicae causa*, o el de la ausencia del vendedor de su domicilio, o casos parecidos (ARANGIO-RUIZ, p. 369). Igualmente el Derecho común nos muestra cómo el momento que se consideraba inicial era el del conocimiento de los vicios de la cosa por el comprador; y el art. 1.101 Proy. 1.836 todavía decía: «los referidos plazos de seis meses y un año empezarán a contarse desde el día en que se hubiese hecho la venta, suponiendo que el comprador observase o supiese en-

tonces el vicio o defecto, pues no siendo así empezaran a contarse desde el día en que lo conociese o llegare a su noticia». Todavía es posible ver un vestigio de esta concepción tradicional, más acorde con los principios de la prescripción, en el vigente art. 1.483 C.c.

Pero no parece necesario entender que la presentación del objeto a la reparación suspenda el plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil (ANCEL, p. 228; CARLON, p. 68): es la típica matización que pone de manifiesto una errónea escisión entre la «garantía» del artículo 11 LCU y la obligación de saneamiento del Código civil (la suspensión se propugna para que, en caso de una eventual reparación lenta y no satisfactoria, no haya transcurrido el plazo del art. 1.490 C.c.). En la concepción sostenida a lo largo de este trabajo, tal suspensión es innecesaria, porque el ejercicio de la acción de reparación es ya ejercicio de la obligación de saneamiento, enriquecida ahora por el artículo 11 LCU, y dotada de un plazo, fijado en el documento de la «garantía», o por la buena fe objetiva, que, por hipótesis, ya se ha respetado.

## CONCLUSION

El artículo 11 LCU no consagra ninguna figura revolucionaria que la lucha de los consumidores haya trabajosamente conseguido. La «garantía» surge históricamente, a iniciativa de los comerciantes (vendedores profesionales), como pacto lícito modificativo de la tradicional obligación de saneamiento, y como expediente para excluir la acción redhibitoria, eliminando el tradicional *ius electionis* del comprador, y para introducir todo tipo de cláusulas lesivas para los adquirentes.

Si embargo, es curioso que la jurisprudencia, pese a la retórica liberal de la época, fue muy severa en la apreciación de tales prácticas, y virtualmente las cercenó mediante la apelación al artículo 1.102 del Código civil (lo que es otro indicio elocuente de que siempre nos hemos movido por terrenos propios de la responsabilidad contractual), o mediante la creación de específicos deberes de conocimiento para los vendedores profesionales, o de presunciones *iuris et de iure* de mala fe en tales vededores (instrumentos acomodaticios, hijos de la mentalidad «culpabilista» de la época).

Ante ello, se produce la segunda fase del fenómeno: se olvida —interesadamente— que nos encontramos ante un pacto lícito modificativo de la obligación de saneamiento, y se presenta la garantía como una figura autónoma, nueva, generosamente ofrecida por los comerciantes, de modo que éstos van a seguir consiguiendo la exclusión de la acción redhibitoria, y van a tener las manos libres para introducir cuantas cláusulas lesivas deseen (el art. 1.102 no puede ya aplicarse, porque la «garantía es figura autónoma»), e incluso van

a conseguir hacer de la «garantía» un poderoso reclamo publicitario (cfr. ANCEL, p. 203; y GROSS, p. 1).

Y todavía hoy estamos bajo el influjo de esta perniciosa concepción: la doctrina se plantea eternamente el problema de las relaciones entre la «garantía» del artículo 11 LCU y la obligación de saneamiento del Código civil; y no sólo plantean la cuestión, sino que la inmensa mayoría de los autores opta por que la primera derogue o sustituya temporalmente a la segunda (ANCEL, p. 206; GROSS, p. 148; ALPA, p. 460; GRECO/COTTINO, p. 366; CABELLA, p. 241; Salv. ROMANO, p. 277; PARRA, p. 549; CARLON, pp. 41 y 46; A. BERCOVITZ, p. 157; BIANCA, [II], p. 276).

El error de óptica consiste en tratar de relacionar dos figuras supuestamente distintas, cuando lo que aquí existe no es sino una única institución, ante un único conflicto de intereses, constante en la Historia. El artículo 11 LCU no es sino la adaptación de la obligación de saneamiento a los tiempos modernos (DUQUE, p. 73, llegándose a preguntar atinadamente, si era necesaria la creación de esta «garantía»; PARRA, pp. 523-4; F. ROMANO, p. 29).

El artículo 11 LCU se limita a dotar de un contenido mínimo la obligación de saneamiento del Código civil, por debajo del cual sea imposible situarse en cualquier relación de consumo (R. BERCOVITZ, [II], pp. 213-5): se trata de la recepción del amplio fenómeno de la intervención legislativa en terrenos otrora dejados a la libérrima autonomía contractual de los sujetos formalmente iguales que operaban en el tráfico. El artículo 11 LCU no viene sino a subsanar la insuficiencia patente de una obligación de saneamiento, configurada en los Códigos, a la luz de los principios liberales propios de la época, consiguiendo, con ello, curiosamente, restablecer el contacto con las regulaciones que de este conflicto de intereses se hacían en el Derecho Romano y en el Derecho Intermedio. El artículo 11 LCU no es, en suma, más que la adaptación a la praxis socio-económica contemporánea de una añeja institución jurídica, insertándola armónicamente dentro de las reglas de la responsabilidad contractual.

## BIBLIOGRAFIA

- ALPA, G.: «La garanzia di buon funzionamento», *Il foro italiano*, 1979, III, pp. 460 y ss.
- AMORTH, G.: *Errore e inadempimento nel contratto*. Milano, 1967.
- ANCEL, P.: «La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière», RTDC, 1979, pp. 203 y ss.
- ANGELONI: *Clausule di garanzia nelle compravendite commerciali*, Roma, 1914 (Ristampa. Napoli, 1924).

- ARANGIO-RUIZ, V.: *La compravendita in Diritto Romano*. Vol. II, Ristampa anastatica. Napoli, 1963.
- BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia, 1987.
- BERCOVITZ, R.: (I) «Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», ADC, 1969, pp. 777 y ss. (II) *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, 1987. (III) «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, pp. 125 y ss.
- BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, en el Comm. del C.c. SCIALOJA/BRANCA, 2.<sup>a</sup> ed. Bologna, 1979.
- CABELLA PISU, L.: *La responsabilità e garanzia nelle vendite commerciali*, Milano, 1983.
- CARLON, L.: «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», RDM, 1973, pp. 44 y ss.
- COSTANZA, M.: «Garanzia di buon funzionamento e risoluzione del contratto», en *Giustizia Civile*, I, 1978, pp. 150 y ss.
- DELGADO ECHEVARRIA, J.: En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1985.
- DI MAJO, A.: *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I, Madrid, 1983.
- DUQUE, J.: «La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, pp. 73 y ss.
- ESMEIN, P.: «Le fondément de la responsabilité contractuelle», RTDC, 1933, pp. 660 y ss.
- FRAGALI, M.: Voz «Garanzia», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, 1969.
- FUBINI, R.: *La teoria dei vizi redibitori*, Torino, 1906.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (reimpresión de la edición de Madrid, 1852). Zaragoza, 1974.
- GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento*. 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1975.
- GORLA, G.: (I) *La compravendita*, en el Tr. di dir. civ. VASSALLI, vol. VII, tomo I, Torino, 1937. (II) Voz «Azione redibitoria», en la *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1959. (III) «Considerazioni sulla giurisprudenza francese in tema di garanzia per vizi», en *Studi in onore di Messineo*. Milano, 1959. (IV) «Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze», en *Studi in onore di Cicu*, I, pp. 445 y ss. Milano, 1951.
- GRECO/COTTINO: *Della vendita*. En el Comm. del Cod. civ. SCIALOJA/BRANCA, Bologna, 1962.
- GROSS, B.: *L'obligation de garantie*, Paris, 1965.
- GULLÓN, A.: «La promesa del hecho ajeno», ADC, 1964, pp. 4 y ss.
- JORDANO FRAGA, F.: (I) *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987. (II) Comentario a la STS de 26-11-87, en CCJC, 1987, núm. 401, pp. 5183 y ss.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*. Traducción española de SANTOS BRIZ, vol. II, Madrid, 1958.
- LE TOURNEAU: *La responsabilité civile*. Paris, 1982.
- LUZZATTO, R.: *La compraventa*. Traducción de BONET ROMÁN, Madrid, 1953.

- MARTORANO, F.: *La tutela del compratore per i vizi della cosa*. Napoli, 1959.
- MENCONI, L.: (I) «Sulla natura della responsabilità precontrattuale». Riv. dir. comm., 1956, II, pp. 360 y ss. (II) «In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa». Riv. dir. comm., 1953, II, pp. 297 y ss. (III) «Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi». Riv. dir. comm., 1953, I, pp. 3 y ss.
- MIRABELLI, G.: *Dei singoli contratti*. En el Comm. Cod. civ. UTET, libro IV, tomo 3.º, Torino, 1960.
- MORALES MORENO, A. M.: (I) «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC, 1980, pp. 585 y ss. (II) «El dolo como criterio de imputación», ADC, 1982, pp. 591 y ss.
- PARRA LUCAN, M. A.: «Los derechos mínimos del titular de la garantía del art. 11 LCU». ADC, 1988, II, pp. 523 y ss.
- RIVERO, F.: En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, 2.ª ed. Barcelona, 1986, pp. 55 y ss.
- ROMANO, F.: «Compravendita, garantía per vizi e responsabilità per il danno» en *Studi in onore di Scaduto*, tomo III, pp. 1 y ss, Padova, 1970.
- ROMANO Salv.: *Vendita-contratto estimatorio*, en Trat. di dir. civ. GROSSO/SANTORO-PASSARELLI, Milano 1960.
- RUBINO, D.: *La compravendita*, en el Trat. di dir. civ. e comm. CICU/MESINEO; vol. XXIII, Milano, 1952.
- RUSSO, E.: *Evizione e garanzia*, Napoli, 1987.
- STARCK, B.: «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», RTDC, 1958, pp. 475 y ss.
- TARTUFARI: *De la venta y del reporto*. Tomo V, vol. I del *Derecho comercial* de BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE. Traducción española, Buenos Aires, 1948, pp. 173 y ss.
- VISINTINI, G.: (I) *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972. (II) *Inadempimento e mora del debitore*, en Comm. cod. civ., dirigido por P. SCHLESINGER, arts. 1.218-1.222, Milano, 1987.

