

Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de la compraventa en el BGB ¹

PROF. DR. HARM PETER WESTERMANN
Catedrático de la Universidad de Tubinga

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Relaciones entre el Derecho de la compraventa y el Derecho de contravención de la prestación (incumplimiento).*—III. *Problemas relacionados con la protección de los consumidores.*—IV. *Consideración final.*

I. PLANTEAMIENTO

Como aquí seguramente es sabido, el legislador alemán se ha decidido a realizar una serie de reformas a propósito de la trasposición de la Directiva sobre Garantías de la Venta de Bienes de Consumo. También hubiera tenido la posibilidad de establecer solamente reglas especiales para la compraventa (CV) de determinados bienes entre empresario y consumidor, y dejar el Derecho general de obligaciones y la CV en el BGB tal como venían regulados. En vez de hacer esto, se han aproximado al espíritu de la Directiva una serie de instituciones jurídicas que pertenecen a la parte general del Derecho de obligaciones y que también tienen aplicación a la CV entre empresarios o sólo entre consumidores. La Directiva, por tanto, ha sido traspuesta más allá de la responsabilidad exigible (*Die Richtlinie ist also überobligationsmässig umgesetzt worden*).

¹ Este artículo es transcripción de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, en septiembre de 2005.

TRADUCCIÓN: Julia Ehmerich. Licenciada en Derecho. Abogada.

Revisada por el Prof.Dr. Klaus Jochen Albiez Dormán. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.

Ello ha llevado a que el nuevo Derecho haya creado nuevos institutos jurídicos y haya tomado nuevas decisiones jurídicas, tanto en la parte general del Derecho de obligaciones como en el Derecho de contravención de la prestación (Derecho de incumplimiento o de la lesión del crédito) que afectan a los contratos de CV, de obra, de préstamo y a otros contratos. Como aquí también es conocido, el Ministerio de Justicia alemán se dejó ayudar en ello por dos comisiones compuestas por jueces de alto rango, funcionarios de los Ministerios y profesores universitarios. No existen protocolos de estas comisiones, sino solamente una explicación y justificación de la ley muy detallada en la cual se reflejaron las reflexiones de las comisiones. Para ese trabajo tan pretencioso, las comisiones solamente dispusieron de tres meses y por ello no sorprenderá que el pronóstico del mundo científico no fuese muy favorable.

También hubo fuertes críticas respecto al contenido de la Reforma, por ejemplo, se dijo, en relación con la regulación de la imposibilidad inicial de prestaciones, que los autores del borrador no habían llegado a entender todos los problemas que suscitaba; se les reprochó que estaban trabajando de una manera muy superficial y que su comprensión de las relaciones contextuales no estaba desarrollada. En relación con § 275.2 BGB, que trata un caso de desproporcionada dificultad en el cumplimiento de la prestación, se ha dicho que se debe a un pensamiento –creciente– de difusa protección del consumidor, que puede dar lugar a un tutela legal y judicial de las partes, lo que parece poner de manifiesto que los responsables de la Modernización del Derecho de las obligaciones no se querían tomar el tiempo para «hacer buena dogmática». En el ámbito del Derecho de la CV y de las garantías, la crítica ha sido más moderada desde el principio, porque el Derecho de garantías recogido en el BGB, que se basa en el Derecho romano y en las acciones edilicias, había sido criticado desde hacía mucho tiempo. No obstante, también en este ámbito hay que estar prevenido ante los graves problemas de aplicación. Nosotros partíamos de la base de que estos problemas se iban a manifestar sobre todo en dos puntos; por un lado, allí donde se habían producido importantes desviaciones sistemáticas respecto del Derecho vigente, y, por otro lado, allí donde se habían tomado desde el punto de vista de política-jurídica valoraciones totalmente nuevas y discutidas. Pero también se escuchan voces que afirman que se puede trabajar bien con la nueva regulación. Aun así, ambos puntos neurálgicos, donde tememos que vaya a haber problemas de aplicación, han sido vistos, sin lugar a dudas, con realismo.

Por un lado, la estrecha vinculación existente entre las normas de la CV, en la medida en que afecta a los remedios por vicios en la

cosa, y las normas sobre el incumplimiento (contravención de la prestación), plantea al parecer dificultades. Concretamente, se manifiesta en que, por ejemplo, el § 437 BGB remite a las reglas generales del incumplimiento respecto a las acciones del comprador frente a la entrega de una cosa defectuosa, en cuanto a la resolución del contrato de compraventa, a las pretensiones de indemnización de daños y perjuicios y a la rebaja del precio. Sólo la pretensión –totalmente nueva– del comprador al cumplimiento posterior mediante la sustitución o reparación es concebida como un derecho propio de la compraventa (§ 439). Esta innovación sistemática se debe a una decisión de política legislativa que era bastante discutida y que hoy se sigue criticando: el comprador al que se le ha entregado una cosa defectuosa ya no puede, como estaba previsto en la regulación anterior, resolver el contrato directamente o reclamar la rebaja del precio de compraventa, sino que tiene que hacer efectiva su pretensión al cumplimiento posterior otorgando un nuevo plazo. Esto significa, por otro lado, que el vendedor tiene derecho a un segundo suministro antes de que el comprador resuelva el contrato y pida la devolución del precio. Esto ha sido criticado especialmente por las organizaciones de consumidores. Otra diferencia en relación con el Derecho anterior se encuentra en que normalmente el comprador sólo cuenta con una pretensión de indemnización de daños y perjuicios por defectos de la cosa si el vendedor resulta culpable del defecto; lo mismo sucede respecto de otras consecuencias perjudiciales para el patrimonio del comprador por defectos de la cosa. En la anterior regulación, por el contrario, estaba prevista la posibilidad de reclamar del vendedor daños y perjuicios si éste había garantizado que la cosa no tendría defectos.

Puede comprobarse que tanto cuestiones sistemáticas como la estrecha vinculación entre las normas de la CV y las normas generales sobre el incumplimiento han repercutido al mismo tiempo en innovaciones jurídico-políticas en lo que refiere a las consecuencias jurídicas de un defecto en la cosa. Semejantes consecuencias tienen su base en el hecho de que el legislador haya regulado las relaciones jurídicas derivadas de la compraventa de un bien de consumo entre un consumidor y un empresario como un supuesto especial de los §§ 474 y ss., pero esta regulación especial no contiene una regulación completamente desarrollada de las garantías por defectos. Así que en este caso también es necesario trabajar con los preceptos generales de los §§ 434 y ss. La particularidad de la CV de bienes de consumo es, sustancialmente, la indisponibilidad de la mayor parte de las pretensiones del comprador en caso de suministro de una cosa defectuosa. Además, para el éxito de las

pretensiones de un consumidor frente a un empresario está prevista la facilitación de la carga de la prueba en el § 476, lo cual ha originado arduas controversias y una primera sentencia del BGH sobre el tema. En cuanto a los problemas singulares que han surgido en estos dos ámbitos, los iré comentando en lo siguiente a través de casos concretos.

En contra de lo que se esperaba, hasta ahora no ha habido críticas demasiado fuertes a la Reforma por lo que respecta a su conformidad con la Directiva. Pero para demostrar lo que se puede esperar quizá aún en este ámbito pongo un ejemplo: según el § 323.1 BGB, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado, sin éxito, un plazo razonable a favor del deudor para la prestación o cumplimiento, en caso de incumplimiento de la obligación; esto rige también para el comprador al que le es suministrada una cosa defectuosa. La Directiva concede al consumidor en el artículo 3.5 un derecho de resolución si el vendedor no ha puesto remedios dentro de un plazo razonable. En este caso, sin embargo, no se habla del otorgamiento de un plazo por el comprador, sino simplemente de que sea un plazo objetivamente razonable. Entonces, la duda es si es conforme a la Directiva que el propio comprador pueda fijar un plazo, que ha de ser razonable. Pero si se interpreta prudentemente el citado precepto del BGB, también se podrá deducir de la Directiva que el plazo no puede ser otorgado por persona distinta que no sea el comprador o el acreedor. Que este plazo tenga que ser objetivamente razonable –ya que de lo contrario se crearía una inseguridad jurídica inadecuada– es también conforme a la Directiva. En lo sucesivo dejaré aparcada la cuestión de la conformidad con la Directiva.

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA COMPRAVENTA Y EL DERECHO DE CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN (INCUMPLIMIENTO)

1. Como se dijo anteriormente, en el caso de la CV, el comprador a quien se le ha entregado una cosa defectuosa tiene, en principio, una pretensión al cumplimiento posterior. Esto rige para vicios en la cosa y vicios jurídicos (éstos se equiparan básicamente a los vicios de la cosa por el § 435). Ello ha dado lugar a la cuestión de si serán de aplicación las reglas sobre vicios jurídicos cuando en un supuesto de suministro de una cosa la misma no pertenece al vendedor en contra de sus manifestaciones, pero el comprador no puede adquirir de buena fe porque se trata de una cosa extraviada

(§ 935 –la expresión «extraviado» ha de entenderse en sentido amplio como compraventa del robo, pérdida o cualquier otra forma de desposesión involuntaria–). Esto significaría que el comprador podría, en principio, reclamar el cumplimiento posterior, esto es, la obtención de la propiedad de la cosa, o, incluso, la transmisión de otra cosa del mismo valor. Está claro que en este caso el vendedor está obligado a hacer lo posible para transmitir la propiedad al comprador; si el propietario verdadero es conocido, el vendedor está obligado, entonces, a conseguir la autorización posterior de aquél para lograr la transmisión. Pero si esta autorización es denegada, significaría, si se considera simplemente que se trata de un vicio (defecto), que el comprador pudiera ahora resolver el contrato porque ha fracasado el cumplimiento posterior (§ 437, núm. 3, en relación con el § 326.1). No obstante, si se parte en este caso de una imposibilidad inicial, no serían de aplicación las reglas sobre vicios jurídicos, sino solamente el § 311-a. Esto tiene como consecuencia, según el § 311-a, apartado 2, que el comprador/acreedor pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios en lugar de la prestación incluso en el caso de que el vendedor no sea culpable. No obstante, el vendedor se puede liberar si puede probar que él, en el momento de la celebración del contrato, no conocía el impedimento de esa pretensión y que tampoco no tiene que responder por su desconocimiento. Esto es, en parte, atendiendo a las particularidades, distinto de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que resulta cuando el vendedor ha de responder por el defecto.

Sobre la verdadera consecuencia ha habido controversia en un supuesto no poco frecuente. El OLG Karlsruhe, en una sentencia de 14 de septiembre de 2004 (ZGS 2004, 477), solamente se basó en el § 311-a, apartado dos, y concedió al comprador demandante, al cual el vendedor no le había podido lograr la propiedad, una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, según establece este precepto. De hecho, la opinión mayoritaria en la doctrina (aquí solamente: Bamberger/Roth/Faust § 435 marginal 15; MünchKomm/H.P.Westermann § 435 marginal 7; Staudinger/Matusche/Beckmann § 435 marginal 13) defiende que la falta de la propiedad del vendedor, que tampoco puede ser superada por la adquisición de buena fe, no supone un vicio jurídico, sino que es, en todo caso, un simple supuesto de incumplimiento, de modo que el camino elegido por el OLG Karlsruhe, al aplicar el § 311-a, apartado 2, es correcto (no así, últimamente, Scheuren/Brandes, ZGS 2005, 295 y ss).

Uno puede preguntarse si este caso merece tanta excitación dado que apenas hay diferencia entre hacer responsable al vende-

por causar culpablemente el vicio jurídico o hacerle responsable por no haberlo conocido. De todos modos, los distintos grados de culpa podrían tener consecuencias en casos singulares. Pero esto también demuestra que la duda que se tiene respecto de que un déficit en la prestación del vendedor debe ser atribuida a los derechos de garantía o al Derecho general de incumplimiento, puede acarrear ciertas diferencias en las consecuencias jurídicas.

Mayor atención llamó el hecho de que, según el nuevo Derecho, ya no existen casi diferencias entre las cosas genéricas y específicas, y, en consecuencia, tampoco entre la CV de cosas específicas y genéricas. Cuando se suministra un género, y no tiene las cualidades normales de ese género (§ 243.1), entonces la pretensión de cumplimiento posterior no supone mayor problema, como tampoco lo era en el § 480 antiguo. Sin embargo, es más complicado cuando se compra y se suministra una cosa individual que resulta ser defectuosa. En las obligaciones específicas anteriormente se suponía que la obligación del vendedor queda reducida a esta obligación, de modo que en el caso de que la cosa fuera defectuosa, el comprador solamente podía resolver el contrato o reclamar una rebaja del precio, y, en algunas ocasiones, también la indemnización de daños y perjuicios. Esta diferenciación ya no se puede deducir del Derecho vigente, que, según todas las apariencias, parte del § 437, de manera que también en el caso de una obligación específica se puede considerar una pretensión de suministro posterior. Esto se puede ilustrar mucho mejor con el caso de la compra de un vehículo usado. Se trata seguramente de una obligación específica. Si la cosa tiene defectos, no se puede oponer nada a la pretensión del comprador contra el vendedor de subsanar el defecto. No obstante, resulta problemática una pretensión dirigida al suministro de una cosa sin defectos: ¿tiene que intentar ahora el vendedor encontrar un vehículo que sea cualitativamente comparable al vehículo usado vendido?; ¿tiene que aceptar el comprador tal suministro aunque en realidad solamente era debido el coche defectuoso?

En vista a esta situación, justo tras la entrada en vigor del nuevo BGB, se ha alegado que el § 437 no sería aplicable a la obligación de una cosa específica, que el vendedor no podría cumplir posteriormente, que el comprador tendría que resolver inmediatamente el contrato. Mientras tanto –a raíz de algunas resoluciones judiciales– parece imponerse la opinión de que básicamente también en el caso de la CV de cosa específica puede existir una pretensión de suministro posterior a favor del comprador (LG Ellwangen NJW 2003, 517; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053; MünchKomm/H.P.Westermann § 439 marginal 11). Esta pretensión, sin embargo,

no es posible, por norma general, en la compraventa de cosas usadas, de modo que serán de aplicación las reglas establecidas en el § 439. Pero si la CV de cosa específica es, en realidad, y como ocurre frecuentemente, una CV de un género que ya ha sido especificado, entonces no supone una mayor dificultad para el vendedor el cumplimiento posterior mediante el suministro de otra cosa del género pactado y sin defecto.

3. Pero si la cosa defectuosa perece antes de la transmisión del riesgo, es decir, antes de la entrega, la situación jurídica ha empezado, hace poco tiempo, a ser controvertida (más detallado, Balthasar ZGS 2004, 411): Uno puede preguntarse si entonces no se trata de una imposibilidad en el sentido del § 275, liberándose el vendedor totalmente de su deber de cumplimiento, por lo que tampoco tiene ya la obligación de entregar otra cosa que sea conforme al género. También aquí, no obstante, no parece del todo acertado el planteamiento teórico de la cuestión, ya que en la mayoría de los casos el comprador tendrá un interés en desvincularse cuanto antes del contrato, mientras que será el vendedor quien intentará conservar sus derechos para la obtención del precio mediante el cumplimiento posterior. Por eso, podría ser importante saber si el vendedor, para sustraerse de la resolución del contrato por parte del comprador por imposibilidad (según los §§ 275 y 326.1), tendría, en tal caso, el derecho de suministrar otra cosa de un valor semejante, así, por ejemplo, a elegir de su parque de coches de segunda mano otro que sea semejante en cuanto a la antigüedad y el estado de conservación. Yo personalmente, he restringido la pretensión de suministro posterior del comprador a la CV de cosa específica cuando se trata de suministro de cosas fungibles, es decir, las cosas que en el tráfico suelen ser determinadas según número, medida o peso (§ 91). En fin, yo no iría tan lejos en extender el derecho del vendedor a un segundo suministro. Está por ver cómo se desarrollarán estos temas en el futuro.

4. Ahora les expondré un caso que ha causado sensación en Alemania, pero que en otros sitios tal vez no se comprenda del todo. Su particularidad consiste, en parte, en que se trata de reglas generales de la CV que son tenidas en cuenta también en la CV en la que un consumidor ha comprado de otro particular, es decir, no de un empresario. Esto es una consecuencia del hecho de que, como ya se hizo ver al principio, las reglas generales de la CV también pueden ser tomadas en consideración en la compraventa de consumo si los §§ 474 y ss. no determinan otra cosa.

La construcción de un caso real es fácilmente imaginable: un particular vende su coche usado a otro particular y hace algunas

afirmaciones en relación al estado del vehículo, que luego resultan inexactas. Esto significa, según el § 434, que el comprador cuenta con la pretensión de cumplimiento posterior contra el vendedor, de modo que el vendedor tiene que subsanar o –como hemos dicho anteriormente– tiene que suministrar otro vehículo con posterioridad. Es obvio, que el comprador no confía en el vendedor particular que le vaya a suministrar posteriormente otro vehículo, que quizás ni siquiera sea posible, y que tampoco le va a conceder la subsanación de los defectos. Imagínese que el vendedor particular, que en su tiempo libre tiene como pasatiempo la reparación de coches, empieza a subsanar él mismo los defectos del vehículo vendido o intenta que se subsane en su propio taller, que, por su propia experiencia, es extraordinariamente barato, pero que no trabaja del todo bien. En la práctica será mucho más factible que el comprador encargue a su propio taller de confianza la subsanación de los defectos y que envíe al vendedor la factura. Este planteamiento ya existía anteriormente en el contrato de obra, y ahora empieza a manifestarse también en el contrato de CV, dado que ahora el comprador tiene, inicialmente, una pretensión al cumplimiento posterior, y no puede resolver inmediatamente el contrato. También una pretensión de indemnización por gastos en relación con la factura del propio taller contratado, que posiblemente podría resultar del § 284, solamente puede ser concedida si se cumplen los requisitos de una pretensión de indemnización por daños y perjuicios (§§ 281 y 283), lo cual, no obstante, requeriría un otorgamiento de un plazo posterior por parte del comprador y que se consumara sin éxito este plazo. Aquí ha surgido la tremendamente importante pregunta de si el comprador no otorga un plazo posterior o no quiere esperar la consumación del plazo posterior impuesto por él mismo, puede arreglar el defecto él mismo y cargar los gastos al vendedor.

El derecho del comprador a la realización de la prestación del vendedor por sí mismo, con una pretensión de cobro posterior de los costes, había sido negado por parte de varios tribunales de instancia, lo que propició una crítica fuerte; actualmente también el BGH, en su sentencia de 23 de febrero de 2005 (NJW 2005, 1348; ZGS 2005, 194), parte de la opinión de que el comprador que subsana el defecto antes de la consumación del plazo razonable para el cumplimiento posterior, no puede hacer valer la pretensión restitutoria contra el vendedor. No obstante, una opinión mayoritaria en la doctrina no está de acuerdo con esta solución y otorga al comprador una pretensión de actuar por su propia cuenta. En este contexto –recuerdo mi punto de partida– hay que tener en cuenta que

no se trata sólo de un caso en el que compradores se encuentran como consumidores frente al vendedor-empresario, sino que el § 284 es también de aplicación cuando el vendedor es un particular. Y de hecho, se duda a la hora de conceder al vendedor particular un derecho a una subsanación por él mismo o a la elección de un vehículo sin defectos. Por otra parte, no se puede hacer otra cosa que exigir también a un consumidor que el vendedor tenga el derecho a una segunda oportunidad de suministro. Por ello, el BGH ha hecho depender la aplicación de las reglas sobre la indemnización de perjuicios, que también llevarían a la pretensión de indemnización de los gastos según el § 284, de que se haya otorgado un plazo razonable por parte del comprador y que el plazo se haya consumado sin éxito. Por supuesto, tiene el comprador el derecho de resolver inmediatamente el contrato si el vendedor se niega a la subsanación, pero si no es éste el caso, entonces se tiene que reservar al vendedor el derecho a un segundo suministro. El BGH ha considerado esto como el criterio fundamental, y por eso no quiere conceder tampoco al comprador una pretensión de enriquecimiento injustificado, ni siquiera bajo el punto de vista de que la subsanación haya supuesto para el vendedor un ahorro de gastos. Esto es uno de los puntos en los cuales una parte de la doctrina no acepta la decisión legislativa según la cual el vendedor tiene derecho a un segundo suministro (críticos al respecto, Dauner/Lieb ZGS 2005, 169 y ss.). El problema se encuentra de manera parecida en el contrato de obra, y anteriormente había sido decidido de la misma manera por el BGH para la CV. No obstante, no debe olvidarse que, en esta situación, el consumidor que no confía en el cumplimiento posterior o la subsanación del defecto por parte del vendedor particular, puede encontrarse también en una situación incómoda.

III. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. Como es sabido, la aplicación de las reglas sobre la CV de bienes de consumo se caracteriza por el hecho de que como parte vendedora encontramos al empresario y en el lado del comprador a un particular. La mejora de la condición de comprador particular, especialmente en relación con la irrenunciabilidad de las reglas que le protegen, también mediante las condiciones generales de los contratos, es muy importante, y eso parece que ha llegado al conocimiento de los consumidores. También es una consecuencia lógica

de la situación jurídica legal de que un vendedor empresario esté dispuesto, teniendo en cuenta el precio de la venta y demás condiciones, a conceder al comprador ciertas concesiones si puede excluir su responsabilidad de garantía por saneamiento debido a que el comprador no reúna la condición de consumidor. Esta era la situación sobre la que tenía que decidir el BGH en su sentencia de 22 de diciembre de 2004 (NJW 2005, 1045; ZGS 2005, 114). En este caso, el demandante había comprado de un concesionario un coche de segunda mano de la marca Fiat a un precio relativamente barato, por lo que el vendedor, en sus formularios de contratos, había excluido su responsabilidad de garantía por saneamiento en cuanto a la antigüedad del coche y otras cualidades. El intermediario en las negociaciones, que sabía que el concesionario solamente quería vender el vehículo a otro concesionario, hizo creer al vendedor que el cliente interesado en el vehículo era un empresario. Cuando aparecieron los defectos del vehículo y se supo que, en contra de las afirmaciones en el contrato, el vehículo había sido autorizado en Italia antes de ser matriculado en Alemania, el comprador solicitó la resolución del contrato de compraventa.

Con una motivación muy extensa, el BGH rechazó, con base en el § 474, apartado 1, que la exclusión de la obligación de garantía es eficaz, dado que en el lado del comprador no había un comprador, sino un consumidor. Las normas de protección de los consumidores establecidas solamente serían aplicables –así el BGH– en el marco de la buena fe. Además, en el caso concreto, el intermediario que actuó para el comprador, y cuyas actuaciones son por lo tanto atribuibles al comprador, sabía que solamente podía obtener condiciones ventajosas para el comprador si conseguía despertar en el vendedor la impresión de que la exclusión de las condiciones de garantía sería eficaz. Esta sentencia seguramente es acertada, aunque tuvo que pasar en Alemania por tres instancias hasta el BGH, siempre con la fundamentación de que, al fin y al cabo, se trata de un consumidor que debe ser protegido bajo cualquier precio. No obstante, este argumento no se podía llevar a este extremo, y la alegación del demandante de que la protección de los consumidores por encima de todo es conforme a la Directiva no tuvo éxito.

Las diferencias entre el negocio entre empresarios y con consumidores también se mostraron en la práctica bajo otras formas. Así, se ha afianzado nuevamente la práctica según la cual un concesionario vende un vehículo usado no en su nombre sino en nombre del cliente, que le compra otro vehículo, previo entrega del vehículo usado en concepto de pago. Estos «negocios de agencia» pueden ser configurados de tal manera que el concesionario acuerde con su

cliente sobre el precio de venta y el valor del vehículo dado en pago, para después vender el vehículo bajo su propio riesgo. En estos casos, podría tratarse, en el sentido del § 475, apartado 2, de un fraude para evitar las consecuencias del contrato de consumo. En una nueva sentencia, el BGH (NJW 2005, 1039; ZGS 2005, 150) rechazó la posibilidad de un negocio fraudulento; en el caso concreto, no obstante, el concesionario no había garantizado a su cliente un precio mínimo de venta, sino que sólo pagó el precio que realmente había obtenido. En otros casos, no obstante, el BGH entendió que se podría aceptar la compra de vehículos usados por parte del concesionario con la consecuencia de que la siguiente venta estaría completamente sujeta a las reglas de protección de consumidores. No obstante, la discusión sobre la estructura de este tipo de negocios de agencias acaba de empezar (*vid.*, en principio, Maultzsch ZGS 2005, 175 y s.).

2. Los mencionados casos en los que el comprador mismo subsana los defectos de la cosa que le ha sido entregada, pero que no quiere depender del procedimiento normal del § 439, también pueden darse en un negocio entre particulares. Esto significa que el vendedor podría ser provocado a tener que buscar otro vehículo usado pero del mismo valor –aproximado– o a realizar las reparaciones necesarias en su propio taller de confianza. Estas consecuencias muchas veces no tienen en cuenta los casos de los vendedores particulares que venden su vehículo usado a otros particulares, como tampoco el verdadero consumidor que adquiere un vehículo usado y que considera que la solución práctica es la reparación de los defectos en el taller de su confianza a costa del vendedor.

También puede encontrarse con sorpresas el vendedor en un «negocio puramente privado» por el cual mediante una cláusula insertada en un formulario –que antes se podía adquirir en cualquier estanco– quiere excluir su responsabilidad. Son extendidas las fórmulas «comprado como visto, bajo exclusión de cualquier garantía». Aun cuando en el formulario del contrato de CV no hay más datos que el precio y el estado del vehículo, una cláusula, como la citada, es una condición general, por lo que podría tratarse de una infracción del § 276, apartado 3, lo cual, no obstante, no parece acertado, siendo más bien de aplicación el § 309.7 a) o b). En cualquier caso, esto exigiría que la responsabilidad por dolo o negligencia grave o también por lesiones corporales estuviese excluida, lo cual no está recogido expresamente en la fórmula. La jurisprudencia sobre condiciones generales de los contratos, no obstante, aplica, entre otros, el principio de la interpretación en contra del consumidor (*verbraucherfeindliche Auslegung*), e inter-

pretaría en estos casos la cláusula de tal manera que una exclusión de la responsabilidad por daños corporales y por dolo y culpa grave no quedaría expresamente fuera. En consecuencia, ya no sería viable la reducción conservadora de validez, y, por consiguiente, la cláusula es totalmente ineficaz, debiendo responder el vendedor ilimitadamente (así, OLG Hamm ZGS 2005, 318). Por eso, se está ahora pensando cómo se podría formular de la manera menos embarazosa la limitación de la responsabilidad entre particulares (sobre el particular, Stölting ZGS 2005, 299 y ss.).

3. Como ya se ha mencionado, es de gran importancia práctica que se facilite al comprador –cuando es un consumidor que ha adquirido una cosa de un empresario– el logro de sus pretensiones. Por lo tanto, no es una sorpresa que en la praxis y en política jurídica haya llamado atención la predisposición del § 476, que es la primera que ha sido analizada y aplicada en una controversia que llegó hasta el BGH. Para una mejor comprensión conviene señalar que todavía es el comprador el que tiene la carga de la prueba cuando alega defecto de la cosa suministrada, debiendo acreditar que el defecto ya existía en el momento de la transmisión del riesgo, es decir, en la mayoría de los casos, con la entrega de la cosa.

a) Desde siempre, esto ha dado lugar a problemas cuando se trata de defectos que se manifiestan con posterioridad, donde la jurisprudencia se ayudaba generalmente de la presunción de que algunos de los defectos que aparecen después de la transmisión del riesgo ya tenían que haber existido antes. Esto funcionaba, por norma general, en el caso de cosas nuevas, pero no en el caso –que es extraordinariamente importante en la práctica– de la CV de vehículos usados. Pero incluso cuando se trata de cosas nuevas cabía la posibilidad de que ciertas piezas se estropearan por el uso antes de la consumación del antiguo plazo de prescripción de seis meses, sin que se estuviera seguro de su existencia en el momento de la transmisión del riesgo. Por esta razón, ha sido frecuente en algunos sectores económicos, y en especial en la industria productiva, la concesión de una garantía que indicaba que «un defecto que aparece dentro del plazo determinado en la garantía –en el caso de la CV de vehículos también dentro de un número determinado de kilómetros– será considerado como ya existente en el momento de la transmisión del riesgo». Pero hay que tener en cuenta que este tipo de garantías no solamente se daban por parte del vendedor, sino que se concedían sobre todo en la rama de automóviles por parte del fabricante, que entonces conseguía que el respectivo concesionario de coches tuviera que subsanar, sin coste para el comprador, el defecto que había aparecido durante el tiempo de garantía.

Ante este trasfondo, el § 476 establece una inversión de la carga de la prueba, según la cual se presume que un defecto que aparece dentro de los primeros seis meses desde la transmisión del riesgo ya existía en ese momento. Esto equivale casi a una garantía contractual, pero con la importante singularidad de que ya no hace falta una convención contractual, sino que el consumidor siempre puede alegar esta inversión de la carga de la prueba frente al empresario, a diferencia de un comprador que ha comprado de un particular o un empresario que ha intervenido como comprador. Sobre la exención de la presunción que parte de la prueba de que la presunción es incompatible «con la clase de la cosa (*Art der Sache*) o del defecto» todavía tenemos oportunidad de hablar.

b) El § 476 no puede ser entendido en el sentido de que desplaza sustancialmente la carga de prueba para el comprador de una cosa usada. Si aparecen desgastes con los que se debía de contar dada la antigüedad y el estado de la cosa, pero que con el transcurso surge una incapacidad funcional si no se cambia la pieza desgastada, entonces no entra en juego la presunción legal del § 476. En una cosa usada el comprador tiene que contar desde un principio con defectos de uso después de un uso prolongado, incluso en el caso de que los defectos que se manifiestan posteriormente y que causan una minoración considerable de las prestaciones ya existían en el momento de la entrega al comprador. De manera parecida hay que solucionar los casos en los que el defecto es una consecuencia típica de un uso negligente, lo cual puede ocurrir fácilmente con aparatos técnicos. Por ello, la presunción se referirá básicamente a cosas nuevas y recién fabricadas así como a cosas usadas en las que se manifestó posteriormente un defecto en una pieza que había sido sustituida antes de la transmisión del riesgo.

Ésta era también la situación que se dio en la sentencia del BGH de 2 de junio de 2004. El vehículo usado que había sido vendido, había sufrido dentro de los seis meses un daño en el motor cuya causa no pudo precisarse. El perito determinó que la causa fue una polea no suficientemente ajustada que se había cambiado justo antes de la celebración del contrato y que la duración normal de uso de la polea tendría que ser claramente superior a ocho meses. Pero tampoco podía excluir que la causa de que se soltase la polea podría haberse debido a una conducción brusca por parte del comprador. En este punto, el comprador alegó la presunción de que el hecho de que se soltase la polea era debido a un defecto existente antes de la transmisión del riesgo, lo que el vendedor nunca podría desvirtuar, ya que no puede valorar la conducta en la conducción del comprador por no haber estado presente. El BGH, sin

embargo, no entendía aplicable la presunción si no podía concretarse si el daño podía ser debido a un defecto en la polea. En contra de ello, la doctrina entiende –lo cual es comprensible– que se trata precisamente de un caso de libro sobre las dificultades probatorias del vendedor, que justamente con el § 476 deberían haber sido facilitadas. El significado amplio de la presunción, no obstante, está claro, y, en consecuencia, en una sentencia del OLG Celle (NJW 2004, 3566) se dictaminó que si los requisitos de la presunción legal concurren, al vendedor se le impone no solamente la obligación de desvirtuar esta presunción sino también la prueba plena de lo contrario. Depende sobre todo, entonces, de si se dan o no los presupuestos de la presunción.

La cuestión determinante es, según opinión del BGH y de los autores que le siguen, si el defecto existente, que sin embargo se manifestó después de la transmisión del riesgo, puede reconducirse a un defecto que ya existía en el momento de la transmisión del riesgo. El mero hecho de que el defecto es sólo visible después de la transmisión del riesgo no permite alcanzar tal conclusión. Una primera sentencia que se aleja de la opinión del BGH es la del OLG Stuttgart, de 17 de noviembre de 2004, que declaró que ya de por sí no es aplicable la presunción cuando no era posible una conclusión suficientemente probable sobre el momento de aparición del defecto. En un caso como el del BGH trasladaría el riesgo al vendedor cuando hay informes periciales controvertidos.

Es interesante que hace poco otra Sala (Senado) del OLG Stuttgart (18 de enero de 2005, ZGS 2005, 276) vio las cosas de una manera completamente distinta. Aquí también se dio el caso de la CV de un vehículo usado que dos meses después de la entrega empezó a pararse en la carretera por un defecto en el catalizador. A causa de este defecto, el comprador quería resolver el contrato y el vendedor negó la existencia de este defecto en el momento de la entrega. En el marco de este pleito se interrogó a un perito que determinó que los daños en el catalizador habían sido originados por un roce del vehículo en el suelo que posteriormente, al usar el vehículo, había producido un tapón en el tubo de escape. No podía determinarse por el perito si el roce con el suelo, que era la causa de los daños en el vehículo, se había producido antes o después de la posesión del demandante. Este supuesto es más o menos comparable con el caso del BGH y no se quería cargar al vendedor con la carga de probar que había sido el comprador, con su conducción incorrecta, quien había causado el roce en el suelo, y, por tanto, se desestimó la demanda.

En otro caso, que todavía se encuentra ante los tribunales de instancia, se puso en duda la aplicación del § 476 porque el comprador se había tenido que servir de la ayuda de otro empresario para poder montar la cosa comprada, lo cual abría la posibilidad de que se hubiera actuado incorrectamente. Aquí parece ser que no es posible desvirtuar la presunción mediante la intervención de un profesional competente para ello.

c) Soy perfectamente consciente de que los casos expuestos, que han ocupado una gran parte de mi conferencia en la CV de vehículos, y en especial, de vehículos usados, ocurren también en España. Pero también podría aparecer aquí alguna vez, como en Alemania, un caso sobre la CV de un caballo. Aquí la aplicación de las reglas sobre CV de bienes de consumo y también del § 476 resulta problemática en muchos aspectos, y se discute apasionadamente entre los que tratan este tema. Así lo demuestra una sentencia del OLG Düsseldorf de 2 de abril de 2004 (ZGS 2004, 271).

Se trató de la resolución de un contrato de CV de una yegua que había costado la cantidad considerable de 30.000 euros y se pidieron, como daños y perjuicios por los gastos de tratamiento médico, 6.000 euros más. El OLG Düsseldorf, en este caso, tenía que ocuparse de la exclusión de responsabilidad que parece ser bastante común en los contratos de CV sobre caballos y que era ineficaz según el § 475.1 si se trata de una CV de bienes de consumo. Resultó sobre todo dudosa la condición de empresario del vendedor que no era comerciante de caballos, pero que solía vender con cierta regularidad caballos que él había criado y que estaban en los campos de una hacienda de su madre. El OLG no le consideró como un empresario, y, por lo tanto, tenía que admitir la exclusión establecida de la garantía, la cual, según el § 309, núm. 8 d) bb), hubiera sido ineficaz si se hubiera tratado en el caso a la yegua como una cosa nueva fabricada en el sentido de este precepto. Aquí un jurista tiene que tener valor para lo grotesco: la cuestión de la novedad de una cosa ha surgido, por ejemplo, en truchas y cachorros de perro, y en nuestro caso el OLG Düsseldorf entendió que, como la yegua tenía cuatro años en el momento de la venta, ya no podría decirse que se trataba de una cosa «fabricada» recientemente, y eso sería así, según el OLG, independientemente de si la yegua ya había sido utilizada para el uso para el que estaba prevista, que era la cría de caballos.

En otras sentencias, los tribunales de instancia no se ocupan de estas disposiciones legales, sino directamente del § 476. Eso puede ocurrir respecto a enfermedades del caballo a las cuales, según el periodo de incubación, puede aplicarse la excepción

recogida en el § 476 y, según la cual, la presunción es incompatible con la clase de defecto, que es el caso si el periodo de incubación es más breve que el tiempo de posesión del comprador. Más difíciles serán aquellos casos, que se dan con mucha frecuencia, en los cuales un caballo muy valorado no cumple las expectativas que tenía el comprador al efectuar la compra, y que, según suelen alegar los vendedores, se debe a que el comprador no sabe tratar el caballo. Si en estos casos nos basamos en la referida sentencia del BGH, el comprador tendría que demostrar que el defecto que aparece posteriormente no se deriva de un trato incorrecto. Es casi seguro que próximamente uno u otro caso citado sobre la CV de caballos llegarán al BGH.

d) Tanto en Alemania como sobre todo en España se plantearán las cuestiones de la garantía del vendedor con mucha frecuencia en el contexto de la entrega de materiales de construcción. La particularidad de estos casos consiste en que los defectos muchas veces se manifestarán después de la aplicación de los materiales, así que no solamente se discute la entrega posterior de cosas nuevas, sino también los gastos de montaje y desmontaje. El problema, que hace algunos años ya había llegado al BGH alguna vez (caso de las tejas, BGHZ 87, 104), ahora ha sido resuelto básicamente de la siguiente manera por el OLG Karlsruhe (ZGS 2004 432). Es un caso de venta de baldosas de suelo por parte de una señora que tenía un establecimiento de materiales de construcción, el demandante había montado las baldosas él mismo en su casa. Resultaron defectuosas y tenían que ser desmontadas otra vez. Las baldosas nuevas sin defecto, que tenía que entregar el establecimiento de materiales, tenían que volver a ser montadas. El primer problema consistía en determinar el contenido de las obligaciones de la demandada; ¿debía meramente la entrega de baldosas sin defecto o también su montaje? En la segunda suposición nos encontraríamos ante una compra con la obligación de montaje del § 434, apartado 2, frase 1, pero que entonces debería ser resuelto según las normas de la compraventa; sería diferente si la demandante debía desde el principio la realización de un suelo de baldosas en la casa del demandante, ya que entonces se trataría de un contrato de obra. El OLG Karlsruhe no reparó mucho en esta distinción, sino que se ocupó directamente de la cuestión de lo que significa la «subsana-ción del defecto» en el sentido del § 439, apartado 1, relacionado con la cuestión de si entonces la vendedora estaría obligada a asumir los gastos necesarios para el cumplimiento posterior, según el § 439, apartado 2. El OLG no quería incluir los gastos que se hicieron necesarios para el montaje de nuevas baldosas dentro de las

desventajas que el comprador había tenido en relación con la celebración del contrato; una pretensión de restitución solamente se podría tomar en consideración si se hubieran dado los requisitos de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios (§ 437, apartado 3, en relación con el § 281). Ello exigiría la culpa del vendedor teniendo en cuenta el desarrollo de los hechos. La decisión del OLG de atribuir los gastos de montaje al comprador ha provocado, a su vez, una crítica de la sentencia, la cual, no obstante, se ha suavizado por el hecho de que, según la misma, el desmontaje de las baldosas defectuosas que ya no podían ser usadas iba a ser a cargo del vendedor. El OLG partía de la obligación del vendedor, resultante del efecto retroactivo de la resolución de la compra de las baldosas, de recoger las cosas siempre y cuando esto correspondiera al interés del comprador (así también se vio esta situación en la sentencia anteriormente mencionada del BGH). Esto lleva al resultado llamativo de que el desmontaje, que posiblemente iba a ser bastante costoso, de las baldosas que había montado el mismo demandante, tuvo que ser asumido por la vendedora, pero no el montaje de las baldosas sin defectos que tenía que entregar, el cual podía ser realizado por el mismo comprador. Si esta sentencia es salomónica, se podrá juzgar quizá cuando la revisión del BGH, estimada por el OLG, haya concluido.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

En lo anterior he intentado mostrarles unos casos que no son exclusivos para Alemania, sino que pueden darse en cualquier economía desarrollada en negocios entre empresarios y consumidores. Y pese a los casos expuestos en la primera parte de este conferencia, que han mostrado las dificultades de la asimilación de la regulación de la CV y de las normas generales sobre contravención de la prestación, creo que las sentencias a las que me he referido en la última parte demuestran que la idea de una protección de los consumidores incondicional o absoluta en la CV tiene que ser tratada de una manera bastante más prudente de lo que, en general, suele ser actualmente la opinión en Europa. Y eso es así tanto para los casos de la CV entre particulares como para la aplicación de preceptos que están pensados para proteger a los consumidores frente a los empresarios. Es de esperar que tanto Alemania como España den impulsos al Derecho privado europeo que se encuentra todavía en desarrollo, y que, de esta manera, se puedan conseguir resultados factibles para la industria productiva y el comercio.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la problemática derivada de la nueva regulación de la compraventa en el BGB, con examen minucioso de las soluciones adoptadas por la jurisprudencia posterior a la reforma legal, así como las opiniones doctrinales suscitadas en la interpretación de los nuevos preceptos legales. Se hace un especial hincapié en los remedios del incumplimiento (resolución contractual, pretensión de indemnización, reducción del precio, sustitución o reparación de la cosa defectuosa, fijación de nuevo plazo), y se examinan las particularidades de la compraventa entre empresarios y consumidores, en comparación con las compraventas generales entre particulares.