

Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico

ALFREDO FERRANTE*

Profesor Universidad Alberto Hurtado
Acreditado Aneca a profesor Titular de Universidad

RESUMEN

El trabajo evidencia que la creación de una ordenación de remedios, frente a una prestación defectuosa, es posible considerando dos variables. Por un lado, la progresiva ampliación del concepto de incumplimiento contractual y de falta de conformidad y, por otro, la naturaleza jurídica de los medios de tutela en favor del acreedor. El artículo se estructura a partir del contrato de compraventa, extendiéndose luego a la teoría general del contrato, trazando el recorrido que ha conducido hasta el actual panorama jurídico. Lo anterior, importa evidenciar las diferentes consecuencias jurídicas que genera la confusión proveniente de clasificar un mismo medio de tutela como obligación o como garantía.

PALABRAS CLAVES

Remedios contractuales. Remedios frente al incumplimiento contractual. Resolución del contrato. Rebaja del precio. Reparación del bien. Sustitución del bien. Obligación. Garantía. Falta de conformidad. Compraventa.

ABSTRACT

The paper shows that the hierarchy of remedies in case of a defective performance must consider two possible variables. On the one hand, the progressive expansion of the concept of breach of contract/warranty and the lack of conformity and, secondly, the legal nature of the remedies in favor of the creditor. The article is structured from the sales contract then spreading to the general theory of contract. It traces the path that has led to the current

* Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl

legal landscape. In order to accomplish this it is important to show the different legal consequences generated by the confusion in the classification the same remedy as duty or as guarantee.

KEYWORDS

Remedies. Termination. Reduction in price. Repair. Replacement. Duty. Warranty. Guarantee. Lack of conformity. Contract of sale.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La influencia de la compraventa en el panorama general de los contratos.*—III. *Las acciones edilicias como medio de garantía para el acreedor.*—IV. *La ampliación del concepto de vicio y su fusión conceptual.*—V. *El Code Napoléon, «sus sucesores» y la tutela del comprador: de la garantía a la obligación.*—VI. *La pretensión de exacto cumplimiento, parcial o imperfecto.* 6.1 *La situación con respecto a la teoría general del contrato.* 6.2 *La situación con respecto al contrato de compraventa.* 6.3 *El remedio voluntariamente garantista.*—VII. *La Convención de Viena y la creación de la jerarquía remedial.*—VIII. *La fuerza expansiva de la Convención de Viena.* 8.1 *La arcana postura de la directiva n. 44/1999.* 8.2 *La influencia sobre los otros textos.*—IX. *La dicotomía entre la obligación y la garantía: diferente alcance de la tutela a favor del acreedor.*—XI. *La enigmática panorámica remedial y su jerarquía.*—XII. *Bibliografía.*—XIII. *Otros documentos utilizados.*—XIV. *Jurisprudencia citada.* 14.1 *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 14.2 *Sentencias del Tribunal Supremo.* 14.3 *Sentencias de la Audiencia Provincial.* 14.4 *Sentencias de la Cassazione Civile.*

I. INTRODUCCIÓN

La adopción de un concepto de incumplimiento¹ objetivo o subjetivo² ha sido objeto de un fecundo e intenso debate en la doc-

¹ En lo respecta a España, la doctrina observa que «las normas sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado»: MORALES MORENO («Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 23. Para GÓMEZ POMAR, esencialmente se pueden distinguir tres grandes tipos de remedios: «remedios de conducta forzada del contratante cumplidor (cumplimiento en forma específica, reparación y sustitución de la prestación disconforme), remedios monetarios (indemnización de perjuicios, pena convencional, reducción del precio) y remedios de ineficacia (resolución, excepción de contrato no cumplido): así GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, n. 3/2007, p. 13.

² Un breve, pero claro resumen de las posiciones antitéticas que han caracterizado este debate doctrinal en relación con las diversas teorías sobre la estructura de la obligación en la doctrina italiana, puede verse en Giorgianni, *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, traduc. Evelio Verdera y Tuells (ristampa de *L'obbligazione [la parte*

trina. La primera aproximación, se enfoca sobre la figura e interés del acreedor, afirmando que la consecuencia del incumplimiento no depende de la culpa del deudor, sino que éste se evaluará siempre en relación con el interés frustrado por la inejecución contractual. La noción subjetiva³, en cambio, perfila el incumplimiento desde el punto de vista del deudor y lo liga a un concepto de obligación relacionado con el *oportere*.

Este debate es muestra de la transición que ha experimentado el concepto de incumplimiento. Su progresiva ampliación han permitido crear un catálogo más extenso de medios de tutela⁴ que ha necesitado la fijación de una jerarquía remedial⁵. No obstante, aun cuando la amplitud terminológica beneficia la incorporación de medidas de protección frente al incumplimiento, no es posible soslayar que ello también apareja otros problemas técnicos. En efecto, dado que el concepto de responsabilidad también se ha expandido, es que este catálogo abierto termina por agrupar, impropiamente, a ciertos remedios que provienen de la obligación⁶, con otras instituciones propias de la garantía. La confusión conceptual que conlleva englobar nociones relacionadas con una y otra no solo genera una indeterminación de sus significados, sino que también olvida que ambas provocan consecuencias jurídicas diversas.

generale dell'obbligazione]; Giuffrè, Milano, 1955), Bosch, Barcelona, 1958, pp. 7 y ss. Sobre los criterios de imputación del incumplimiento al deudor v. gr. Pantaleón Prieto, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1056 y ss.

³ Sobre el comportamiento como punto de referencia del deudor, por todos *vid.* ampliamente Giorgianni, *La obligación...* cit., pp. 198 y ss.

⁴ Al margen de mi opinión personal, utilizaré aquí indistintamente la palabra remedio, como la expresión medio de tutela. En este estudio esencialmente trataré de la resolución, la reducción del precio, la reparación y la sustitución, además de algunas puntuales consideraciones sobre los daños y perjuicios. Al tratar la compraventa ya se referirá a una «tutela» MARTORANO en un título de su importante obra: MARTORANO, *Tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli, 1959.

⁵ Correctamente observa la doctrina que, al referirse a «remedios», el legislador consigue no entrar en los supuestos fácticos concretos del incumplimiento, sino que se ocupa de predisponer exclusivamente medios de tutelas frente a quien los solicita: MAZZAMUTO, *Il contratto di Diritto europeo*, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 171.

Se destaca que el término *remedy* ha sido objeto de una literatura amplísima y todavía su significado es bastante incierto, ya que incluye cualquier acción judicial o instrumento predispuerto por el ordenamiento jurídico: *vid.* Sirena y Adar, «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», *RDC*, n. 3, I, 2012, p. 367 y bibliografía citada; Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 8-11.

⁶ El contenido y alcance de la obligación siempre ha sido un tema interesante para la doctrina, hasta el punto que el profesor Díez-PICAZO quiso tratarlo en su primera lección oficial en la Universidad de Santiago de Compostela, en aquel 18 de enero de 1964: *vid.* Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, n. 2, 1964, pp. 348 y ss.

En las páginas que siguen, examinaré la manera en que esta jerarquía puede influir sobre la tutela del acreedor, dependiendo de cómo se aprecie la naturaleza jurídica de cada uno de estos medios de tutela, variando entre una noción derivada de la inobservancia de una obligación o que ellos nazcan de una garantía.

Esta reconstrucción tiene también la importante función de aclarar la forma en que ha de entenderse el cumplimiento parcial, sobre todo en el caso de la reparación o sustitución del bien, a la luz de la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. LA INFLUENCIA DE LA COMPRAVENTA EN EL PANORAMA GENERAL DE LOS CONTRATOS

A pesar de su especificidad, la compraventa ha influido sobre la teoría general del contrato. De esta afirmación, son prueba tres aspectos.

En primer lugar, actualmente se ha extendido, a cualquier tipo contractual, las que eran las antiguas acciones edilicias. Las originarias acciones redhibitoria⁷ y estimatoria⁸, hoy se manifiestan, respectivamente, en la omnicompreensiva noción de resolución y en el ejercicio de la reducción del precio, en todo tipo de contrato. Así lo evidencian los proyectos de reforma de derecho privado europeo⁹ e incluso, de

⁷ La superación de la acción redhibitoria en relación con su concreta aplicación, ya viene constatada por la doctrina italiana: cfr. CUBEDDU, «Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta», *RDC*, 1990, II, p. 178, retomando a RUBINO, *La compravendita*, 2.ª ed., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da CICU y MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1971, p. 85. La doctrina menos reciente dejaba clara la diferencia entre acción redhibitoria y la resolución por incumplimiento cfr. GORLA, *La compravendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (diretto da VASSALLI), Utet, Torino, 1937, p. 165.

⁸ En el Derecho español, sobre las acciones edilicias *vid.* BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, p. 777-838, MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, p. 585-686, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009. Para un análisis detenido sobre la reducción del precio y la resolución por incumplimiento y su separación de la noción «edilicia» *vid.* respectivamente FERRANTE, *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013 y RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.

⁹ Por ejemplo, en lo que respeta a la reducción del precio: art. 9:401 PECL; art. 10:401 Principios contractuales comunes del grupo AHC-SLC (elaborados por la Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française y la Société de Législation Comparée); II.-3:601 DCFR (y específicamente para la reducción de la renta en el contrato de contrato de arrendamiento: IV. B-4:102); art. 113 Proyecto Gandolfi; art. 107.1 del *Projet Terré* y art. 8:301 *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. En el mismo comentario oficial de los *Acquis Principles*, se expresa y justifica así la ampliación del remedio de la reducción del precio: «el Acquis Group también generaliza el remedio de la reducción de precio dentro de un remedio más amplio de

derecho español¹⁰. En segundo orden, se ha verificado una evolución del concepto que, antiguamente, consideraba a los vicios ocultos, para pasar a una nueva noción de falta de conformidad amplia, referida inicialmente a la compraventa¹¹, hasta finalmente englobar el omnicomprendido concepto de falta de ejecución o incumplimiento, sea éste total, parcial, imperfecto o un *aliud pro alio*¹².

Por último, debe destacarse la influencia que el sistema remedial de la Convención de Viena¹³ ha tenido, no solo para el actual régimen de la compraventa (como se ha verificado con la Directiva 1999/44, en relación con la venta de bienes de consumo, o en Alemania¹⁴ con

reducción de la prestación. La generalización tiene dos efectos: en primer lugar, el remedio se eleva a un nivel general, no se limita a particulares tipologías de contratos; en segundo lugar, la reducción no se limita a las obligaciones monetarias, sino es aplicable en los contratos sinalagmáticos para toda clase de obligaciones que sean capaces de ser reducidas»: RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of existing EC contract law (Acquis Principles). Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009, § 11, p. 414. Incluso, el comentario oficial de los PECL afirma al referirse al art. 9:401, que este artículo «generaliza la solución que aporta la *actio quanti minoris*»: LANDO Ole, BEALE Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, combined and revised, The Hague [etc.], Kluwer Law International, 2000 [*Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003], p. 634.

¹⁰ Vid. art. 1197 y 1487 de la Propuesta española para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009 (en adelante PMCC).

¹¹ Cfr. art. 35 CISG.

¹² Cfr. v. gr. art. 2 Directiva 1999/44; I.-1:108 (I) y anexo definición «*non-performance*», III.-1:102 (3), III.- 3:101; IV. A-2:301 y IV. A-2:302 DCFR, IV. A-2:304 DCFR; arts. 1:301(4) y 8:101 PECL, arts. 99-101 CELS, arts. 89-91 y 121 del ELI P, arts. 1153 y 1188, 1474, 1475 y 1479 PMCC.

Para la doctrina española sobre el concepto de incumplimiento y en relación con estos proyectos vid. v. gr. FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, n. 1, p. 47-136; FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, 2011, n. 4, p. 1481-1685; ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, 2011, n. 2132, junio, pp. 1-23.

¹³ Vid. art. 45 CISG.

¹⁴ En concreto, la disciplina de la compraventa queda regulada por los §§ 433-444 BGB y la específica de los bienes muebles de consumo por los §§ 474-479 BGB. A lo anterior, se añade la compraventa mercantil, que está incluida en el *Handelsgeetzbuch (HGB, Código de comercio)* en los §§ 373-381.

La idea de reformar el derecho de las obligaciones, ya presente en el legislador alemán desde hace 20 años, se ha concretizado tomando como motivo la incorporación de la directiva 44/99. Ya en 1978, el ministro VOGEL propone una modificación del derecho de las obligaciones y después de someterse a un comité académico que elaboró varias opiniones doctrinales, nació en 1984 una comisión específica para elaborar un proyecto de reforma del código que en 1991 entregó su labor (*Schuldrechtskommission*). La consideración, por parte de la doctrina, de que dicho proyecto era ya anacrónico respecto de la reciente introducción de las directivas comunitarias, detuvo las intenciones reformistas hasta el año 2000.

Así surge el proyecto de ley que dio lugar a la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Ley de modernización del derecho de las obligaciones). Para un análisis de la

la venta en general¹⁵), sino para el contrato en general¹⁶. Influencia que en parte ha sido recíproca. Prueba de ello es que, en la actualidad, un texto dedicado a la compraventa –como es la Propuesta de Reglamento relativo a la compraventa (en adelante CELS)– retoma en muchos aspectos y en su estructura, el contenido del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR)¹⁷.

Por lo tanto, la influencia que la compraventa ha tenido frente al contrato general es patente en los sistemas de remedios. A continuación, analizaré en detalle este aspecto y su evolución, comenzando por lo referido a los medios de tutela del acreedor, para después centrarme en el incumplimiento.

Schuldrechtskommission vid. PATTI, «Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici», *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, p. 85 y ss; BUNTE, «Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni», traducción al italiano de PATTI, en *Rivista critica di diritto privato*, 1983, p. 181-206. Sobre el iter legislativo de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vid. CANARIS, «La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni», Cedam, Padova, 2003, p. 7-10.

En español, sobre la reforma ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, p. 1133-1228; FUENTESECA DEGENEFTE, «La reciente reforma del BGB a través de la Ley para la Modernización del Derecho de obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002», *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, p. 203-211; INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 8, 2002, p. 153-172. Interesante también el estudio de RODRÍGUEZ OLMOS, «La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa», *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n. 17, 2009, p. 107-140. Para una traducción VIVES MONTERO, «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, p. 1229-1310. También vid. DI MAJO, «La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania», *Europa e Diritto Privato*, n. 2, 2004, p. 353-384, DIURNI y KINDLER, *Il codice civile tedesco modernizzato*, Giappichelli, Torino, 2004, VVAA, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di CIAN Cedam, 2004, para una bibliografía alemana sobre dicha ley, v. gr. *op. ult. cit.* p. 9, nota n. 1.

¹⁵ También vid. IV. A-4:101 y ss. IV. A-6:102 y ss. DCFR.

¹⁶ V. gr. art. 3 Directiva 1999/44, Libro 3, cap. 3 DCFR, cap. 9 PECL, cap. 11 y 13 CELS, en particular vid. arts. 106, 131, 155 y 157, cap. 13 y 14 del *Statement of the European Law Institute on The Proposal for a Regulation on Common European Sales Law* (en adelante ELI P), en particular, art. 123, 126 y 128, 126 ELI P y art. 1190 y 1482 PMCC.

¹⁷ La doctrina observa este proceso de similitudes entre el art. 120 CELS y el III.-3:601 DCFR (FELTKAMP y VAN BOSSELLE, «The optional common European sales law: better buyer's remedies for seller's non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, n. 6, 2011, p. 902), entre los arts. 9:401 PECL, art. 120 CELS y III.3:601 DCFR. Matizando la novedad del último párrafo del DCFR: JANSEN, «Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer *acquis*», en Marco B. M. LOOS, Anne L. M. KEIRSE (ed.), *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Cambridge, U. K.; Portland: Intersentia, Maastricht, 2012, p. 189, SAMOY, DANG VU y JANSEN, «Don't find fault, find a remedy», *European Review Private Law*, n. 6, 2011, p. 865. Sobre la CELS: VVAA, *Common European Sale Law, Commentary*, Reiner SCHULZE Ed., Baden-Baden: Nomos Publishing; München: Verlag CH Beck, US and Canada, Hart Publishing, 2012; VVAA, *The Proposed Common European Sales Law - the Lawyers' View*, ALPA, CONTE, PERFETTI y GRAF (ed.), Munich, Sellier, 2012; VVAA, *The Common European Sales Law (in context interactions with English and German law)*, Gerhard DANNERMANN and Stefan VOGENAUER (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2013.

III. LAS ACCIONES EDILICIAS COMO MEDIO DE GARANTÍA PARA EL ACREEDOR

En el sistema romano, la venta genera una obligación de entrega del bien vendido que se ejerce a través de la *actio empti*¹⁸, aunque, en caso de incumplimiento, la intrínseca naturaleza del procedimiento formulario no podía dar lugar a ningún otro resultado que no fuera la *condemnatio pecuniaria*. Así, frente a la negativa de cumplimiento, el vendedor solo podría ser condenado a la entrega de un importe equivalente al objeto que debía vender¹⁹.

A este sistema se añade uno paralelo, desvinculado de la obligación y ligado al concepto de garantía. Este régimen, que —como se dijo— no encuentra su solución en el ámbito de la obligación contractual, permite tutelar al comprador frente a la imperfección del objeto. El vendedor debe garantizar que el objeto del contrato esté libre de vicios; de esta manera, se genera una garantía que respalda la operación económica realizada, frente a la eventual presencia de un vicio oculto.

En caso de que se constate su existencia, el comprador posee una acción de resolución (redhibitoria) o una de reducción del precio (estimatoria), cada una de las cuales queda relacionada con una determinada categoría de vicio. La elección entre ellas queda marcada, por un lado, por un abanico tipificado de vicios²⁰ y por otro, por el diferente plazo de caducidad, ya que la acción de reducción del precio contempla un término más amplio para su ejercicio²¹. Por ello, debe enfatizarse que, frente a una prestación que hoy definiríamos como defectuosa, en este sistema no se produce un problema de jerarquía con los demás remedios contractuales. La posición perfectamente delineada de estas acciones, tanto en relación con la tipicidad de los

¹⁸ DONADIO, *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 55; MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipis venditis*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 95. También MORALES MORENO que evidencia, con soportes doctrinales, que desde finales de la República, tanto en la *actio empti* como la *actio ex stipulatu*, el único remedio es el resarcimiento del daño: *vid.* MORALES MORENO, «El alcance protector... cit.», pp. 595 y ss.

¹⁹ *Vid.* VIARO, *L'arbitratu* de restituyendo nelle formule del proceso privato romano Jovene, Napoli, 2012, *passim*.

²⁰ Para un breve análisis de estos vicios *v. gr.* se reenvía a ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta Publishers South Africa, Beck, München, 1992, pp. 311 y ss.

²¹ La acción redhibitoria tenía un plazo de 6 meses contra un plazo de 12 de la estimatoria, aunque en determinados casos los plazos eran, respectivamente, de 2 y 6 meses: *Cfr.* IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955, pp. 54, 55, 115 y 224; DONADIO, *op. cit.*, pp. 83 y 84, GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000, pp. 42 y 79.

vicios, como a nivel temporal, confirma su procedencia independiente²².

En presencia de un vicio oculto, el interés del comprador se ve menoscabado y es el vendedor quien garantizará que el bien posee las características que se habían concertado. En este sentido, es fundamental tener presente que al realizarse la compraventa, éste no solo asume la obligación de entregar, sino que nace también una determinada garantía: la de que el bien se encuentre exento de vicios, ya que de haberlos conocido, hubiera tenido que comunicarlos²³. Al existir el vicio, surge la garantía de manera automática, sin posibilidad de que el vendedor se exima. Su contenido se manifestará en una reducción del precio o en la resolución del contrato, dependiendo de los casos. La relación con otro remedio se produce solo si hubo dolo de su parte en no comunicar los vicios que conocía, aspecto que para algunos autores daba lugar a la *condemnatio in duplum*²⁴.

En consecuencia, en caso de los vicios edilicios –en la óptica original romana– se hace efectiva la garantía respecto del vendedor, que no evalúa en ningún momento su conducta; el juez debe averiguar la existencia del vicio denunciado por el actor, de acuerdo con un criterio objetivo²⁵. Es aquí donde se genera la máxima expresión del concepto de garantía, pues opera desvinculada de la obligación que se ha asumido²⁶; con ello, se tutela de mejor forma

²² Esta diferencia de plazos se mantiene en los códigos latinoamericanos. Incluso, se diferencia dependiendo si el bien es mueble o inmueble, previéndose, respectivamente, un término de 6 y 12 meses para la acción de resolución y 12 y 18 en caso de la acción de reducción del precio. V. gr. art. 1866 y 1869 CC chileno; art. 1923 y 1926 CC colombiano (aunque en el Código de Comercio chileno, para el caso de la compraventa mercantil, el término de seis meses es igual para ambas acciones: art. 154 C. de Comercio chileno). Para una panorámica sobre los vicios ocultos en estos dos ordenamientos vid. OVIEDO ALBÁN, «Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 n. 2, 2010, pp. 241-269.

²³ Si los ha ocultado mediante dolo o mala fe, deberá asumir las consecuencias, ya que existe la obligación del vendedor de declarar eventuales vicios. Por todos vid. la monografía de DONADIO, *op. últ. cit.*

²⁴ Sobre la cuestión y el análisis de diversas teorías vid. DONADIO, *op. cit.*, p. 262 y en particular 268 y ss. No se confunda este aspecto con la *stipulatio duplae*: «mediante la cual el comprador se hacía prometer, en el caso de pérdida, del bien, el pago de una suma generalmente correspondiente al doble del precio pagado». Cfr. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problema teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 76 y ss.

²⁵ En estos términos se expresa DONADIO, *op. cit.*, p. 55, MANNA, *op. cit.*, p. 273.

²⁶ Prueba de esto es que, en términos generales, una garantía puede constituirse no solo por el mismo deudor, sino también por un tercero. Cfr. FRAGALI, «Garanzia (diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, tomo XVIII, p. 446.

al comprador, quien tiene la certeza de que su co-contratante responderá al cumplirse una condición determinada, que es la presencia del vicio edilicio. En este caso, la particularidad viene dada porque en la compraventa conviven, de manera automática y en una misma persona, dos *status* que en otras circunstancias pueden ser totalmente escindibles: el de obligado y el de garante. Ambos, normalmente se encuentran separados en otros tipos de garantías, como la real. Es esto lo que permite hoy en día justificar la posibilidad de pactar la exclusión de la garantía por vicios ocultos; en este sentido, las que provienen de la evicción y de los vicios ocultos son los *naturalia venditionis*²⁷ y por lo tanto, pueden excluirse o modificarse (salvo la normativa protectora del consumidor), a no ser que haya mala fe²⁸.

Por ello, el obligado a entregar y el garante de las consecuencias de que el bien posea vicios, se unen en la misma persona. La garantía eventualmente puede derivar de la obligación de entrega, pero siempre estará desvinculada del patrón de conducta del sujeto. Por este motivo, el concepto de ausencia de culpa nunca puede exonerar al sujeto de responder por los vicios ocultos, sino que, al contrario, la mala fe justificará su segura presencia, no siendo válido el pacto que lo descarte. En la garantía, el patrón de conducta opera solo como ulterior agravante, pero nunca como eximente de la responsabilidad por vicios ocultos.

Así, la garantía no solo asume una función de protección del comprador, sino también una económica, ya que fomenta la realización de la operación comercial. Las acciones edilicias en este sentido, son garantías accesorias de la relación obligatoria que nace con la compraventa, cuya finalidad es reforzar la expectativa del deudor en el cumplimiento de la prestación²⁹. Dado que ellas representan una mayor seguridad desde el punto de vista del comprador, es que se potencia el aumento de las relaciones económi-

²⁷ Así expresamente los define el *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris Octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXVI.

²⁸ Cfr. art. 1485 CC y art. 1490.2 CC italiano. También el art. 1859 CC chileno –que retoma el art. 1643 CC francés– expresamente señala que el saneamiento por vicios ocultos puede excluirse por las partes: «Si se ha estipulado que el vendedor no estuviese obligado al saneamiento por los vicios ocultos, estará sin embargo obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y que no dio noticia al comprador». En el ordenamiento colombiano se permite dicha exención, pero no se aplica si los conocía (art. 1916 CC colombiano). También es posible la exclusión de determinadas tipologías de vicios (art. 1920 CC colombiano).

²⁹ Porque es esta la efectiva finalidad de la garantía, como muestra FRAGALI, *op. cit.*, p. 446.

cas³⁰. Debe tenerse muy claro que «la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa³¹»; la presencia accesoria de la garantía fomenta un mecanismo remedial independiente, ya que asegura una respuesta objetiva, condicionada exclusivamente a la presencia del vicio. Con la sola prueba de su existencia, procede la tutela, prescindiendo totalmente de la conducta del vendedor: se fija una responsabilidad *de minimis*. Ahora bien, esta responsabilidad puede expandirse y sí que la conducta del vendedor influirá para que ésta se amplíe, *de máximo*. Este será el caso donde se prueba que dolosamente no se habían comunicado los vicios del bien. Aquí la tutela es tan amplia, que los remedios edilicios vienen a aplicarse aun cuando se hubiesen excluido por pacto entre las partes.

En este escenario, todo el mecanismo opera con fluidez, ya que deudor y garante se reúnen en la misma persona, armonía que no se da con otras garantías reales o personales donde puede existir una posible dicotomía entre estos dos *status*. En la compraventa, quien debe la obligación –de entregar– se convierte en su propio asegurador³² y garantiza que el bien esté exento de cualquier vicio. Esta garantía se eleva en términos absolutos ya que nunca es excusable. En ello radica su utilidad, pues no solo prescinde de cualquier conducta, sino que goza de una carga probatoria relativamente sencilla, ya que operará solo con la acreditación de la existencia de un vicio.

Por lo tanto, la reducción del precio y la resolución (en su modalidad de acción redhibitoria) nacen como garantías objetivas que, por un lado, están desvinculadas de una obligación infringida y por otro, se relacionan con vicios que inicialmente no son reparables ni sustituibles, aspecto que veré en el siguiente epígrafe.

³⁰ También parte de la doctrina observa la existencia de una relación entre garantía y la importancia económica del negocio estipulado: cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di Diritto europeo*, cit., p. 325.

³¹ Como destaca claramente RIERA AISA que evidencia que «cuando una persona garantiza el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, lo que en el fondo hace es fomentar la confianza del acreedor en la idea de que la prestación será cumplida»: RIERA AISA, «Garantía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, bajo la dirección de Carlos E. MASCAREÑAS, Tomo X (preparado por Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix, Barcelona, p. 534.

³² La doctrina observa que la garantía a cargo del propio deudor, es el el procedimiento más primitivo para asegurar el cumplimiento de una obligación, así RIERA AISA, *op. cit.*, p. 540.

IV. LA AMPLIACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE VICIO Y SU FUSIÓN CONCEPTUAL

Inicialmente, desde los ediles curules, las acciones edilicias son aplicables solo a las compraventas de esclavos y jumentos³³. Posteriormente, se extienden a la compraventa de otros animales³⁴, hasta finalmente aplicarse, en la realidad contemporánea, a cualquier tipo de compraventa, a las cosas inanimadas y a los inmuebles³⁵.

En el contexto que aquí analizo, son dos los aspectos fundamentales a destacar. El primero, es que ambas acciones nacen y se relacionan con un vicio que no es reparable ni sustituible. Ellas se aplican a los *vitia corpori* o *animi*³⁶ o también, a los casos de *morbus*³⁷, es decir, a vicios que debe asumirse tratarse de defectos insalvables³⁸ en sí³⁹.

El segundo aspecto, corolario del primero, es que esto necesariamente se refleja en la tutela del comprador. En concreto, inicialmente en este tipo de compraventa no puede plantearse un derecho al cumplimiento diferente del total: no puede darse una pretensión de cumplimiento parcial⁴⁰, ni es concebible una repa-

³³ Dos son los edictos que asumen un papel prioritario en su génesis: el *edictum de iumentis venditis* (D. 21.1.38) y el *edictum de mancipis venditis*; vid. IMPALLOMENI, *op. cit.*, pp. 121 y ss. y 123; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 259; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Jovene, Napoli, 1956, p. 365. Por todos en la doctrina española sobre un *excursus* relativo al derecho romano, remítase a MORALES MORENO, «El alcance protector...», cit., ADC, 1980, pp. 594 y ss.

³⁴ Como por ejemplo, la compraventa de ovejas, cabras, bueyes y cerdos: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, pp. 394 y 395.

³⁵ Como se destaca en GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Profesor LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Universidad de Zaragoza, 1974, p. 750. Constata esto también MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 621.

³⁶ Éstos reúnen tanto los defectos físicos comunes, como los relacionados con la esfera volitiva y mental del esclavo. Cfr. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 9, nota 14, y también DONADIO, *op. cit.*, p. 107.

³⁷ Para la relación entre *vitium* y *morbus* DONADIO, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000, p. 6. Un sector de la doctrina defiende la inutilidad de matización entre ellos (ARANGIO-RUIZ, *La compravendita...*, II, cit., p. 386).

³⁸ Ya lo destaca ZIMMERMANN, *Derecho Romano, derecho contemporáneo, Derecho Europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (traducción de RODRÍGUEZ OLMO), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 146 y 147.

³⁹ También se da cuando el vendedor no hubiere asegurado en concreto las cualidades prometidas en el momento de la venta, es decir, en caso de dicotomía entre *dicta et promissa*: v. gr. cfr. DONADIO, «Azioni edilizia e interdipendenza delle obbligazioni» *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di LUIGI GAROFALO, Cedam, Padova, tomo II, 2007, p. 489.

⁴⁰ Para la prohibición del cumplimiento parcial en Roma cfr. KNÜTEL, «Problemas del derecho de obligaciones moderno considerados a la luz de la experiencia romana» en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 132-134.

ración o sustitución. Ahora bien, solo cuando el vicio edilicio se transforma y amplía su concepto hasta tener su máxima expresión en la falta de conformidad, abarcando también el *aliud pro alio*, se abre la posibilidad de que también proceda la pretensión de cumplimiento perfecto en prestaciones defectuosas, manifestada, por ejemplo, en la reparación o sustitución del bien. Este concepto amplio de inexecución contractual, progresivamente se consolida con las reformas planteadas tanto para la compraventa⁴¹, como para los demás tipos de contrato⁴². La ampliación de la *ratione materiae* introduce un concepto de cumplimiento imperfecto, que antes no era posible y ahora justifica y permite una pretensión de cumplimiento parcial, como puede ser la reparación o sustitución del bien.

Cabe destacar que, al momento en que nace, la presencia de la garantía edilicia no genera ningún tipo de problemática. Por un lado, la operatividad entre las acciones redhibitoria y estimatoria viene resuelta mediante la tipificación de vicios diferentes; por otro, no se producen problemas jerárquicos con los remedios de reparación o sustitución para el cumplimiento parcial, ya que éstos no pueden plantearse por la naturaleza misma del objeto contractual⁴³. Finalmente, esta situación tampoco plantea inconvenientes en el caso de incumplimiento total –la no entrega del bien– ya que se trata de un escenario diferente del de las garantías, donde operaba la *condemnatio pecuniaria*. El sistema de medios a tutela del sujeto se instaura con absoluta coherencia. No obstante, será la progresiva ampliación de la *ratione materiae* la que hará surgir la inquietud por conciliar un mayor abanico de posibilidades y tutelas.

Finalmente, se hace hincapié en que con el paulatino desarrollo del concepto de vicio, materializado actualmente en la noción de falta de conformidad, ya no se condiciona el ejercicio de la acción de daños y perjuicios al dolo del vendedor, de forma que es acumulable (también) con la acción estimatoria⁴⁴.

⁴¹ Así se verifica, por ejemplo, en la compraventa de bienes de consumo y en la actual propuesta de reglamento sobre la compraventa. *Vid.* arts. 99 y 100 anexo CELS y arts. 89-91 ELI P, que incluyen expresamente en la falta conformidad, tanto la cantidad como la calidad.

⁴² Claros ejemplos son el amplio concepto de incumplimiento adoptado por el DCFR y los PECL.

⁴³ En este caso, el cumplimiento parcial –actualmente– no es incumplimiento, dado que no se relaciona con una obligación, sino que se manifiesta solamente en su aspecto de vicio edilicio, que da lugar a una garantía desvinculada de la culpa.

⁴⁴ *V. gr.* art. 1494 CCit, y III.-3:102 DCFR, art. 8:102 PECL) y con matices respecto a la reducción del precio *v. gr.* III.-3:601(3) o art. 3:401(3) PECL: *cfr.* FERRANTE, *La reducción...* cit., p. 33.

V. EL *CODE NAPOLÉON*, «SUS SUCESTORES» Y LA TUTELA DEL COMPRADOR: DE LA GARANTÍA A LA OBLIGACIÓN

A la hora de predisponerse la tutela edilicia de la compraventa en la nueva codificación en la tradición continental, impulsada en Francia, se producen peculiaridades que hacen que las posturas española, italiana y francesa⁴⁵ asuman por separado características diferentes. Si bien estas codificaciones esencialmente adoptan un esquema homogéneo frente a la tutela del acreedor en el contrato en general, su postura es distinta a la hora de hacer propio el sistema edilicio, creando importantes consecuencias jurídicas.

Se constata así que en presencia de un vicio oculto, las garantías edilicias romanas, en algunos casos, no se incorporan como es menester. Si tanto en el *Code* como en el *Codice*, la recepción de estas garantías es coherente con la visión romana, ésta se transforma en el código español y en los latinoamericanos fieles al enfoque de Andrés Bello.

El código civil francés y el italiano —en sus dos versiones⁴⁶— tienen claro el instrumento jurídico que se está incorporando: no se trata de una obligación del vendedor, sino de una garantía frente a los vicios ocultos y también frente a la evicción. Tanto en el *Code* —en que la Sección III se titula «*De la garantie*»⁴⁷— como en el derecho italiano, el vendedor garantizará al comprador por los vicios de la cosa o por su evicción⁴⁸. En este sentido, las acciones edilicias y su garantía siguen relacionándose con el riesgo del descubrimiento de los vicios ocultos dentro del plazo establecido *ex lege*, el cual, una vez cumplido, hará recaer el riesgo sobre el comprador⁴⁹.

⁴⁵ Al margen de sus peculiaridades, se trata de ordenamientos que tienen esta raíz en común. De esta manera, a lo largo de este trabajo, se hará referencia a dichos sistemas, a su legislación e interpretación jurisprudencial, como una herramienta útil, *mutatis mutandis*, para una sistematización del tema tratado, mediante su análisis y comparación.

⁴⁶ Cfr. art. 1603 *Code*, art. 1476 n. 3 CC italiano, que retoma el art. 1465 *Codice* de 1865.

⁴⁷ Cfr. arts. 1625, 1626, 1640, 1643 *Code*.

⁴⁸ Cfr. 1476, 1490 y 1492 Ccit. Aunque el art. 1476 Ccit habla de «obligación de garantizar», el contenido de pura garantía se expresa tanto en los arts. 1490 y 1492. Esta postura confirma la original del *Codice* de 1865 (*vid.* art. 1482 en relación con la evicción y 1498 en relación con la garantía por «vizi e difetti occulti»).

⁴⁹ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. 2. I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 2004, p. 18.

A esta tendencia se opone otra. En el Código civil español, este aspecto «garantista» se comprende como «saneamiento» y en consecuencia, lo transforma *–nolens o volens–* en obligación. El ordenamiento español establece como obligaciones principales del vendedor la de «entrega» y el «saneamiento» del bien (art. 1461 CC). De este modo, «el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos» (art. 1484 CC) y responderá al comprador por ellos o por la evicción (art. 1474 y 1475 CC). Idéntica solución se plasma en los códigos chileno y colombiano, donde también aquí la palabra «*garantie*» se manifiesta expresamente como «obligación de saneamiento», por evicción o vicios ocultos⁵⁰ (art. 1837 CC chileno, art. 1893 CC colombiano).

Esta percepción española y latinoamericana comienza a modificar un sistema que había nacido con finalidades del todo diferentes y las acciones edilicias vienen a convertirse en (presuntas) obligaciones. De esta transformación derivan problemáticas jurídicas, muestra de las cuales es aquella, indirecta, sobre cómo interpretar los plazos de ejercicio de dichas acciones. Las dudas, se generan a propósito del término «se extinguirán»⁵¹, del art. 1490 CC, pudiendo entenderse que se trata de un plazo de prescripción⁵² o de caducidad⁵³; ello es consecuencia de no haber tomado conciencia de que lo que se está incorporando en la legislación son garantías y no obligaciones⁵⁴.

⁵⁰ Para la evicción cfr. v. gr. art. 1839 CC chileno, art. 1895 CC colombiano y para los vicios ocultos art. 1859 CC chileno, art. 1919 colombiano.

⁵¹ Como señala GARCÍA CANTERO esta expresión procede del art. 1412 del Proyecto de 1851; GARCÍA CANTERO, *Artículos 1445 a 1541*, en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIX, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 389.

⁵² Se decantan por un término de prescripción: v. gr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 390 y 391 y en la actualidad PEÑA LÓPEZ, «art. 1490», en VVAA *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, coord., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 4.ª ed., 2013, p. 2006. Como lo demuestra Fernando PEÑA, si bien el contraste jurisprudencial parecía resuelto en favor de la caducidad en los años ochenta, en realidad éste aún se mantiene vigente.

⁵³ Parece implícitamente decantarse en favor de la caducidad, aquella doctrina que destaca la prevalencia de sentencias en este mismo sentido: v. gr. FENOY PICÓN, «Art. 1484-1499», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1626 y ss; DE VERDA y BEAMONTE, «Art. 1490», en VVAA, *Código Civil Comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO (dir.), VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), vol. IV, libro IV, Thomson Reuters, 2011, p. 219.

Para otra interpretación de los plazos de las acciones edilicias en relación con el de ejercicio de la facultad concedida en el art. 1166 CC: *vid.* BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza...» *cit.*, pp. 829 y ss.

⁵⁴ Esta problemática parece pasar desapercibida en Chile, entendiéndose los términos como de prescripción. *Vid.* GUZMÁN BRITO, «Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 9, 2007, pp. 95 y ss.

Estas dudas bien pueden considerarse injustificadas ya que, en cuanto garantías, las acciones se relacionan con el riesgo del descubrimiento de los vicios, quedando clara la necesidad de un término perentorio para su ejercicio. En este sentido, el ordenamiento italiano –y posteriormente la Convención de Viena⁵⁵– es coherente al prever la caducidad del ejercicio de estos derechos, cuya acción judicial expira en un año desde la entrega del bien, siempre que se denuncie el vicio dentro de ocho días desde su descubrimiento⁵⁶,

⁵⁵ Aquí el plazo para la denuncia del vicio es el considerado «razonable» (a partir del momento en que los haya descubierto o debería haberlos descubierto), hasta un tope máximo de dos años (desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador), en virtud del art. 39 CISG. Mientras que para interponer la acción judicial se tendrán cuatro años ya que, como señalan GARRO y ZUPPI, para los contratos sometidos a la CISG se aplica la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercadería, aunque en su defecto deberá aplicarse lo que determinen las normas del derecho internacional privado (GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, 2.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 194). La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercadería, aprobada en Nueva York el 14 junio de 1974 y su protocolo de enmienda de 11 de abril de 1980 (que armoniza el texto con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería), puede consultarse en el enlace http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html. Sobre el examen de las mercaderías y la comunicación de la falta de conformidad, en relación con los arts. 38 y 39, *vid.* la opinión del Consejo consultivo de la Convención de Viena, aprobada por unanimidad en la sesión de enero de 2004 en Londres y cuyo relator ha sido BERGSTEN. Se reenvía al comentario y a la exhaustiva jurisprudencia citada, relativa a los artículos de GARRO y PERALES VISCASILLAS, «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)», *ADC*, 2008, n. 3, pp. 1389 y ss.

En relación con el plazo razonable ex art. 39 CISG *vid.* SONO, «Artículo 39», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Cesare Massimo BIANCA y Joaquim BONELL editors), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 303 y ss.; MORALES MORENO, «Artículo 39», en VVAA, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de La Convención de Viena*, (dirección de DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 1997, pp. 335 y ss; Stefan KRÖLL, «art. 39», en VVAA, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Stefan KRÖLL, Loukas A. MISTELIS, María del Pilar PERALES VISCASILLAS (ed), München, Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011, pp. 487 y ss. Con referencias también a Iberoamérica: *vid.* GARRO y ZUPPI, *op. cit.*, pp. 194 y ss.; SCHWENZER, «Art. 39», SCHWENZER I., Edgardo MUÑOZ (dir.), SCHLECHTRIEM Peter & SCHWENZER Ingeborg: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 1111 y ss., con sección comparativa iberoamericana de MUÑOZ, §§ 22-29, pp. 1209 y ss.

⁵⁶ *Vid.* el art. 1495 CCit en este sentido, perfecciona la antigua redacción del art. 1505 CCit de 1865, que afirmaba que la acción «*deve proporsi*» para los bienes inmuebles en un año, para los muebles en tres meses y para los animales en 40 días desde la entrega. El pasaje de unificación entre los códigos francés e italiano, con la modificación del art. 1505 CCit y del 1648 CCf, se había propuesto mediante el art. 372 del Código franco-italiano de obligaciones y contratos, que establecía la obligación de denunciar el vicio dentro de 60 días desde el descubrimiento y la acción debía deducirse dentro de seis meses, para los bienes muebles, o un año, para los inmuebles, desde la entrega. La referencia al proyecto afirma que dichos términos son de caducidad: *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXIV.

considerándose éste un término más benévolo y amplio para el consumidor⁵⁷.

Este aspecto, en cambio, pasa desapercibido en la óptica francesa⁵⁸, aunque la «*souplesse legal*»⁵⁹, establecida por la originaria redacción, viene a rectificarse mediante la trasposición de la directiva 44/1999, que decide fijar un término concreto y homogeneizar la compraventa civil y la de consumo, aunque finalmente se asiente en dos años, frente a la inicial propuesta quinquenal⁶⁰.

Por su parte, una evidente mejora de la confusión española, se logra en la actual *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* (en adelante PMCC). Por un lado, para los contratos en general, fija un plazo expreso de caducidad y por otro, introduce como especificidad para la compraventa –fiel⁶¹ a la Convención de Viena– la notificación dentro de un plazo razonable de la falta de conformidad, complementándolo con otro de prescripción de la acción judicial.

Por fin parece escucharse lo que la doctrina⁶² había constatado al manifestar la «especialidad» de las acciones edilicias, aun cuan-

⁵⁷ Efectivamente el *Codice di Consumo* prevé la prescripción de la acción de los derechos derivados de la falta de conformidad a los 26 meses de la entrega del bien, pero la denuncia debe realizarse dentro de los dos meses desde el conocimiento del vicio (cfr. art. 132.4 *Codice di consumo*).

⁵⁸ Con la trasposición de la directiva 44/1999 se viene a modificar el momento para el ejercicio de las acciones edilicias del art. 1648 CCf. Si la original redacción preveía su ejercicio «*dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usages du lieu où la vente a été faite*», con la nueva redacción se uniforma el plazo con la garantía de ventas de consumo (vid. L. 211-12 *Code de la consommation*), estableciéndose dos años desde la entrega del bien. Esta homogenización se debe también a que, a tenor del L 211-13 *Code de la consommation*, la tutela prevista en él no excluye la del Código civil. Sobre la efectividad práctica de estas garantías legales en ambos textos v. gr. CALAIS-ALOY y TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2010, n. 232-234, pp. 287 y ss.

Ya desde el año 1998, la *Cour de cassation*, en su relación anual, aconsejaba su modificación (vid. Relaciones anuales de la *Cour de cassation* de 1998, 1999 y 2000. En este último año, se matiza respecto a los primeros dos y se sugiere hacerlo con ocasión de la trasposición de la directiva 44/1999: relaciones consultables en <http://www.courdecassation.fr/>).

⁵⁹ Así la definen MALAURIE, AYNÈS y GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 2.ª ed. refundue, Defrénois, Paris, 2005, n. 400, p. 241.

⁶⁰ Como ya destaca la doctrina francesa, la inicial comisión presidida por Geneviève VINEY y encargada de elaborar el texto de trasposición de la directiva 44/1999, había propuesto un plazo de cinco años: cfr. CALAIS-ALOY y TEMPLE, *op. cit.*, n. 236, p. 293, nota 4.

⁶¹ A diferencia de la Convención de Viena, el anteproyecto español indica que la caducidad no alcanzará a la reducción del precio ni a la acción de daños y perjuicios; aunque el art. 1489 PMCC, afirma que si el vendedor conociere o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conserva todos sus derechos.

⁶² Es MORALES MORENO quien destaca brillantemente la múltiple especialidad de las acciones edilicias indicando que «conviene evitar una confusión: construir el saneamiento (o garantía) como una obligación cuyo incumplimiento (*Nichgewährleistung*) permite el ejercicio de las acciones edilicias. La obligación de garantía no tiene un contenido diferente que el de las acciones edilicias» (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680, para las razones de la especialidad concretamente vid. p. 681).

do no se haya hecho referencia a su calidad original de garantías, descartando la de obligaciones.

Ahora bien, si asumimos que el anteproyecto español predispone los remedios edilicios tanto con carácter general, como específico para la compraventa, se deben aclarar algunos aspectos. Si se quiere transformar lo que es una garantía en un remedio general, como hace el referido instrumento y los recientes textos de unificación de derecho privado europeo, es menester matizar el aspecto de la caducidad. Como se ha destacado⁶³, la elevación a principio general básico de un medio de tutela, es poco compatible con su caducidad. Por ello, se debe analizar el contexto en el cual está ubicada la medida, si se prevé para un contrato específico o si se eleva a principio general básico.

Sin embargo, la «desconexión» entre saneamiento garantía y obligación queda patente en el código español, aunque la doctrina⁶⁴ se ha esforzado en evidenciarla mediante una atenta reconstrucción histórica.

VI. LA PRETENSIÓN DE EXACTO CUMPLIMIENTO, PARCIAL O IMPERFECTO

Con la llegada del *Code Napoléon* se viene a crear un sistema que, además de contemplar unas reglas generales para el contrato,

⁶³ Expresamente el art. 1197 PMCC habla de plazo de caducidad semestral, en relación con la reducción del precio para cualquier incumplimiento contractual. Mientras, para el contrato de compraventa, se fija una prescripción (quinquenal o bienal dependiendo de si se trata de bien inmueble o mueble respetivamente), al tenor del art. 1488 PMCC.

La doctrina critica este aspecto, dado que al transformar la reducción del precio en un remedio general, no podría estar sujeto a un plazo de caducidad y aboga por la supresión del art. 1197.3 PMCC. Para FENOY PICÓN, ese plazo podría considerarse vigente si se admite que estas «son reglas especiales, frente a las generales sobre los plazos de ejercicio de los derechos en sede de prescripción extintiva. Pero, incluso así, tampoco veo razones suficientes que justifiquen la generalización del plazo de seis meses del art. 1490 CC»: FENOY PICÓN, «La modernización... parte segunda», cit., p. 1568.

Por lo que respecta a la acción de resolución, la doctrina matiza y afirma que en el actual código, en caso de resolución por incumplimiento, el plazo sería de prescripción y para la acción edilicia de caducidad: RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 178. Sobre la constatación de los diferentes términos de prescripción y caducidad de las acciones edilicias, en relación con los que legitiman la acción de incumplimiento en general v. gr. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 142.

⁶⁴ ES DE VERDA Y BEAMONTE quien destaca agudamente la «desconexión» en la regulación de los vicios ocultos. Para el autor, esto depende esencialmente del hecho de que si el art. 1641 CCf (al cual correspondería el art. 1484 CC) está inspirado en la doctrina de DOMAT, el art. 1644 CCf. (cuyo correspondiente es el art. 1486 CC) se inspira en la doctrina de POTHIER. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», *ADC*, 2002, n. 2, pp. 641 y ss. En la doctrina española, sobre POTHIER y la relación con las acciones edilicias, la garantía y el incumplimiento, también vid. MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., pp. 662 y ss.).

regula en detalle sus principales tipologías, disponiendo una normativa *ad hoc* cuya estructura ha sido utilizada como modelo, por ejemplo, en los códigos de Italia, España, Chile o Colombia⁶⁵.

Este método por lo tanto crea, de un lado, un sistema general frente al incumplimiento contractual y de otro, uno específico para la compraventa; este último, incorpora la tutela edilicia para un contrato cuyo objeto hoy abarca cualquier bien, mueble o inmueble, frente a las originarias limitaciones romanas.

Así, en la teoría general del contrato, rige el principio *pacta sunt servanda* y la fuerza vinculante genera determinadas obligaciones para los contratantes que, para el vendedor es la entrega del bien y para el comprador es el pago del precio. Son las partes que, por libre consentimiento, se obligan a ejecutar el contrato según el patrón de la buena fe –que se presume– y el de la diligencia.

Los nuevos códigos instauran una tutela de incumplimiento contractual, a la cual se solapa una edilicia en el caso de la compraventa. Sin embargo, esta estructura de los códigos filo-franceses genera un sistema que adolece de una doble debilidad.

En primer término, la teoría general del contrato no regula una acción que pudiere ejercerse para el caso del cumplimiento parcial, la que, en cambio, sí se prevé en la compraventa y opera mediante la reducción del precio.

En segundo término, ambos sistemas –el general y el relativo a la compraventa– carecen de medios *ad hoc* frente al proliferante fenómeno de la pretensión de cumplimiento, cuando éste ha sido imperfecto.

A continuación, analizaré por separado las consecuencias y soluciones jurídicas que estas necesidades han generado.

6.1 LA SITUACIÓN CON RESPECTO A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

El sistema general filo-francés no permite situaciones híbridas y no tiene en cuenta el cumplimiento parcial o defectuoso⁶⁶, sino que se dispone para las soluciones extremas, como la pretensión de

⁶⁵ La doctrina observa que este sistema viene retomado también en los libros III y IV del DFCR y en los principales códigos civiles: SAMOY, DANG VU y JANSEN, *op. cit.*, p. 859.

⁶⁶ La doctrina española destaca que el concepto de cumplimiento defectuoso se desprende de lo expresado en la última parte del artículo 1101 del CC («de cualquier modo»). Con referencias bibliográficas: *vid.* el trabajo monográfico de NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial en las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Barcelona, 2004, en particular pp. 46 y ss., *vid.* También MARTÍNEZ CALCERRADA, «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la contravención o cuarta causa del art. 1101)», *RCDI*, n. 517, 1976, pp. 1341 y ss.

exacto y total cumplimiento o la resolución del contrato más daños y perjuicios (cfr. art. 1184 CCf, art. 1124 CC, art. 1453 CCit.). En este sentido, frente a un cumplimiento defectuoso –en la óptica general– al no preverse una acción de exacto cumplimiento, se encontraba la solución mediante la demanda de daños y perjuicios que, en los casos más graves, da lugar a la resolución del contrato, *ex artículo 1124 CC*⁶⁷.

Frente al cumplimiento parcial o defectuoso –tipologías que antes se diferenciaban netamente entre ellas⁶⁸– la única manera para defenderse, no era mediante acción, sino por medio de excepción: la *exceptio adimpleti contractus* (que llega expresamente a ser tipificada en Italia en el art. 1460 *Codice*) y más concretamente la *non rite adimpleti contractus*, remedio ya presente en la Época Republicana y Clásica de Roma, aunque asuma su actual nombre solo desde la Edad Media⁶⁹.

En la época de promulgación del *Code*, existían mecanismos «defensivos» frente al cumplimiento parcial o inexacto, pero no tutelas activas, como puede ser la acción de reducción del precio que sí está presente en la compraventa. La *exceptio* llega a ser un útil instrumento complementario en caso de incumplimiento total y sobre todo, de cumplimiento parcial⁷⁰, pero debe destacarse que este es un remedio que paraliza la pretensión⁷¹ y no puede convertirse en acción, dada su particular naturaleza.

Por lo tanto, en la teoría general del contrato sí existe la posibilidad de impetrar una acción de resolución, pero no una acción de reducción del precio, como se da para la compraventa. Esta ausencia provoca situaciones patológicas, ya que frente al cumplimiento

⁶⁷ Como destaca GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 40, 74 y 75. Para los casos en que el cumplimiento defectuoso o parcial dan lugar a resolución: pp. 86 y ss.

⁶⁸ Sobre esta diferenciación *v. gr.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

⁶⁹ A favor del vendedor, en la Época Republicana y Clásica: VIARIO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Cedam, Padova, 2011, p. 21 y ss; a favor del comprador, *op. ult. cit.*, pp. 121 y ss. La autora resume las varias tesis admitiendo que la denominación de origen medieval podría derivar del fragmento D.19.1.13.8 (Ulp. 32 ad ed.): *Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendit*. Para SCADUTO nacería la regla «*ex contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit*», de la que ha surgido el nombre del instituto. (SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, Vol. 8, Castiglia, Palermo, 1921, p. 79). En contra, PERSICO para quien la expresión nace de «*nisi ea quae placita sunt, paratus est adimplere*: C.2.3.21 (Impp. Diocletianus et Maximianus a. 293)»: PERSICO, *L'eccezione di adempimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 2, nota n. 2. Ampliamente *vid.* VIARIO, *op. cit.*, nota 1 pp. 1 y 2 y pp. 99 y ss.).

⁷⁰ Extensamente, quiero remitirme a RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pp. 65 y ss. y 83 y ss.

⁷¹ En este sentido RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 85.

parcial o imperfecto debe justificarse un medio eficiente que el legislador no ha previsto.

Frente a esta situación, los sistemas jurídicos reaccionan y la jurisprudencia viene en ayuda esencialmente de tres maneras.

A) Por un lado, la jurisprudencia italiana, con carácter premonitor frente a todos los actuales proyectos de derecho privado europeo, eleva la acción de reducción de precio a principio general básico del derecho de contratos.

B) Por otro lado, el ordenamiento español transforma jurisprudencialmente la *exceptio* de contrato incumplido, hasta darle semblanza y efecto de una acción de reducción del precio, mediante la forma reconventional implícita o

C) Se hace caer la reducción del precio en las mallas de los daños y perjuicios del artículo 1100 CC.

Solo de esta forma se consigue ofrecer al acreedor una tutela que, de otra manera, no poseería.

Desde el primer punto de vista, un paso importante lo inicia aquella jurisprudencia italiana⁷² que permite la aplicación de la reducción del precio al *contratto preliminare*⁷³, a pesar de que no exista disposición alguna que lo permita. Bajo los otros dos aspectos, la jurisprudencia española muestra alguna debilidad.

Así, se transforma la excepción de contrato no cumplido en una reducción del precio impropia. La praxis jurisprudencial muestra

⁷² Resuelve este aspecto la Cass. Civ., *sezioni unite*, 27.2.1985, n. 1720 (*Giust. civ.*, 1985, I, 1630, *FI*, 1985, I, 1697, *Vita not.*, 1985, 257, *Giur. it.*, 1987, I, 1, 173, *Resp. civ. e prev.*, 1985, 615, *Rassegna di diritto civile*, 1986, 752, *ibidem*, 1987, 238, *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 303). Anteriormente a la sentencia a *sezioni unite* de la *Cassazione*, convivían dos orientaciones jurisprudenciales contrarias. Una que solo permitía una acción en forma específica y rechazaba aquella de reducción del precio, y otra que admitía la procedencia de esta última.

⁷³ El *contratto preliminare*, o sea un contrato preparatorio de uno definitivo, no coincide exactamente con el precontrato español. Aunque escueta, existe doctrina española sobre el argumento: ALGUER MICO, «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935, pp. 321-333, pp. 369-384, y pp. 417-434; y 1936, pp. 1-15; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; MARÍN NARROS, «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», *RCDI*, n. 718, 2010, pp. 487-518. Por lo que respecta a remisiones a ordenamientos iberoamericanos: MURILLO, *Forma y nulidad del precontrato: con especial referencia a la legislación iberoamericana*, Eunsa, 1993, Colecciones Jurídicas Universidad Navarra, Pamplona, 1993.

Fascinante es la tesis de SANCIÑENA ASURMENDI, que diferencia el «precontrato» del término «promesa de contrato», caracterizados por tener regímenes jurídicos específicos. El precontrato sería «el convenio para la realización de un contrato futuro que debe ser completado por un nuevo convenio entre las partes», dando lugar a indemnización; en cambio, la «promesa de contrato» se relacionaría con el cumplimiento forzoso e identificaría «el acuerdo que contiene plenamente configurado el contrato futuro, y que no necesita para su perfección del posterior convenio de las partes»: SANCIÑENA ASURMENDI, *La opción de compra*, 2.ª ed., Dykinson, 2007, p. 82.

que, aunque se niegue dicha acción *ex* artículo 1484 CC y ss., los jueces utilizan un *escamotage* para proporcionar tal tutela de hecho en otros contratos, como el de obra⁷⁴. En ellos, se produce una reducción del precio mediante el mecanismo de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, incluso si el demandado no lo solicita en el *petitum*. Se aplica por el simple hecho de que el comitente afirma que su impago⁷⁵ se debe a la existencia de imperfecciones y que, por lo tanto, el contratista no ha cumplido conforme a los términos establecidos⁷⁶.

Si nace como *exceptio*, no puede servir sino para oponerse a una petición de la otra parte; en ningún momento puede transformarse en una *actio* propiamente tal, a no ser que se acompañe con otro requerimiento explícito formulado mediante *petitum* reconvenzional o subsidiario. La *exceptio non rite adimpleti contractus* tiene una naturaleza meramente defensiva y como la mejor doctrina destaca, es una «eficaz coacción psicológica indirecta (...) obligando a la parte que ha incumplido y que quiere conseguir la contraprestación a efectuar la propia»⁷⁷.

En estos casos, la presencia del vicio o defecto produce una reducción del precio impropia, ya que se formula implícitamente

⁷⁴ Con respecto al contrato de obra, la tendencia es excluir la normativa de los vicios ocultos, independientemente de que el contratista coincida o no con el vendedor: STS n. 347/1999, de 23 abril, RJ 1999/2591. Del mismo modo, se niega la aplicación de las acciones edilicias en STS 10.3.1993, RJ 1999/1829 (ruidos y vibraciones que provocan responsabilidad solidaria entre vendedor y arquitecto). En el mismo sentido ya: STS 1.3.1991, RJ 1991/1708; STS 25.11.1988, RJ 1988/8713; STS 16.2.1985, RJ 1985/558; STS 20.12.1985, RJ 1985/6611. En otro caso, se pide la *actio quanti minoris* correspondiente al importe equivalente a la sustitución del vicio, condenándose, en cambio, *ex art.* 1591 y no por vicios ocultos, en cuanto el vendedor ya conocía el defecto: STS 18.12.1984, RJ 1984/6133 (compraventa de vivienda, 80 pasamanos afectados de carcoma; Comunidad de propietarios *vs* constructor). Como correctamente constata un pronunciamiento del Tribunal Supremo, esto se justifica en cuanto las acciones edilicias tienen un breve plazo de ejercicio, extendiendo la tutela del comprador: «si bien la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parece ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tal escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado»: STS 3.10.1979, RJ 1979/3236 (desprendimiento de azulejos que alcanza la totalidad de las terrazas del edificio).

⁷⁵ Admiten una reducción del precio en caso de «reconversión implícita», es decir, independientemente que el sujeto lo haya pedido: STS n. 876/2004, de 22 julio, RJ 2004/4696. Se concede una reducción impropia en relación con obras constructivas correctoras: STS n. 872/1998, de 24 septiembre, RJ 1998/6402.

⁷⁶ Recuérdese que la mayoría de estos pleitos empiezan por procedimiento de impago iniciado por el contratista.

⁷⁷ REALMONTE, «Eccezione di inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 239. La consideración está hecha en relación con la *exceptio inadimpleti contractus*, pero puede tranquilamente referirse a la *non rite adimpleti* en cuanto la doctrina propende hacia una similitud funcional entre las dos figuras (por todos: DAL MARTELLO, «Eccezione di inadempimento» en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, VI, 1960, p. 358).

mediante una reconvencción. Queda claro que la falta de una norma relativa a la reducción del precio en el contrato de obra no impide su aplicación *sui generis*⁷⁸ mediante la intervención del juez. Lo anterior, en algunos casos conlleva una interpretación equivocada sobre una «reconvencción implícita»⁷⁹, formulada por el demandado, pero debe tenerse presente que la excepción de ningún modo puede considerarse como manifestación de un derecho autónomo⁸⁰. Por ello, no puede transformarse un remedio defensivo en uno «implícitamente» ofensivo. Una cosa es legitimar, mediante la *exceptio non rite*, el comportamiento del sujeto y autorizarlo a no pagar la cuantía reclamada y otra, es interpretar dicha situación para condenar al demandante a una reparación o a una reducción del precio sin que ésta se haya solicitado en el *petitum*⁸¹.

⁷⁸ Mediante la *non rite* se logra una acción de reducción del precio que no solo se aleja de un cálculo proporcional, sino que debe quedar netamente diferenciada de la acción estimatoria *ex art.* 1484 CC, también desde el punto de vista de la prescripción. Esta excepción podrá someterse al plazo quinquenal del art. 1964 CC: «esa *exceptio non rite adimpleti contractus* solo prescribe a los quince años y por consiguiente no está sujeta al plazo de caducidad establecido por el art. 1490 del mismo cuerpo legal»: STS 26.10.1987, RJ 1987/7473. Esta intrusión del juez no solamente se limita a dictar una reducción del precio sino tal vez va más allá. Por ejemplo se condena también a la sustitución del bien (la instalación de aire acondicionado: SAP Barcelona, sec. 16.ª, 23 septiembre 2003) o se condena al pago del importe de las reparaciones del vicio incluso cuando el coste del trabajo de reparación no se justifica mediante un dictamen pericial (Aquí es el juez quien va a establecerlo «moderadamente» por su cuenta. En concreto el informe pericial no había cuantificado la reparación en relación con la colocación de la puerta acústica que daba lugar a defectuosa insonorización y cuyo precio se fija en «moderadamente en 50.000 pesetas» por el juez: SAP Barcelona, sec. 16.ª, de 23 septiembre 2003, en JUR 2003/258125, en JUR 2003/258125).

⁷⁹ «Dice la STS 6.2.1985 (RJ 1985/536) que admitida doctrinal y jurisprudencialmente la reconvencción implícita –sentencias 25.2.1933 (RJ 1933/1513), 6.2.1936 (RJ 1936/472), 29.5.1940 (RJ 1940/427), 13.6.1947 (RJ 1947/906), etc. –es decir, aquella que no va acompañada de formulismo procesal que la exteriorice, y reconocido igualmente, que el demandado, para impugnar la demanda no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente excepciones, bastando con la invocación de hechos de los que las mismas resulten»: STS n. 458/1996, de 8 de junio, RJ 1996/4833.

Se habla expresamente de reconvencción implícita, en relación con el arrendamiento de obra y la *exceptio non rite adimpleti contractus*: v. gr. STS n. 458/1996, de 8 junio, RJ 1996/4833.; SAP Tarragona, sec. 3.ª, 10 noviembre 2000, en JUR 2001/76699; SAP Jaén, sec. 1.ª, n. 203/2001, de 10 octubre, en JUR 2001/330180; SAP Ourense de 21 enero, de 1997 en AC 1997/111.

⁸⁰ Claro es CARNELUTTI en afirmar que «no debe pensarse que la excepción supone la proposición por el demandado de un contra derecho (...) la excepción es una pretensión del demandante, sin reclamar un derecho por sí, defiende su libertad no su derecho, en fin rechaza la agresión sin agredir»: CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, V-2, Cedam, Padova, 1933, pp. 288 y 289.

⁸¹ La afirmación se refuerza si se analiza la reforma del año 2000 al art. 406.3 LEC, que expresamente prohíbe la reconvencción implícita. Sin embargo, se sigue admitiendo, por ejemplo, en el contrato de obra: SAP Madrid, sec. 10.ª, n. 45/2008, de 15 de enero, JUR 2008/99782; SAP Barcelona sec. 13.ª, n. 692/2007, de 19 de diciembre, JUR 2008/108694.

En términos generales y en palabras de la misma comisión «la PMCC ‘opta por lo que se ha llamado una concepción articulada del incumplimiento, en expresión acuñada por el profesor Antonio Manuel MORALES, que procede de la Convención de Viena’»: en palabras

Esta integración jurisprudencial a la teoría general del contrato se manifiesta en el artículo 1190 PMCC que, a diferencia del actual artículo 1124.2 CC, establece también la reducción del precio⁸².

Finalmente, el tercer aspecto de esta situación lo evidencia la jurisprudencia española cuando interpreta la reducción del precio como reclamación de daños y perjuicios, *ex* artículo 1101 CC⁸³.

En definitiva, la necesidad de encontrar una solución adecuada frente al incumplimiento no esencial –cumplimiento defectuoso o parcial– hace reescribir el derecho por la jurisprudencia y esto no se da solo en el caso del contrato en general, sino también en la compraventa, en que también ésta tiene que enfrentarse a sus problemáticas. Así, al margen de lo que afirmaré en el párrafo siguiente, debe adelantarse que la asociación entre daños y perjuicios *ex* artículo 1101 CC y la reducción del precio, se integra también para ampliar la tutela del comprador que, de lo contrario, se vería denegada debido a los breves plazos de ejercicio de las acciones edilicias. Esto ha trasladado la problemática de la tutela del comprador bajo la perspectiva del incumplimiento contractual y del *aliud pro alio*⁸⁴.

6.2 LA SITUACIÓN CON RESPECTO AL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La estructura codificada de medios en favor del comprador, también resulta incompleta frente al cumplimiento defectuoso o

de Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, n. 2130, abril 2011, p. 6.

⁸² Como notablemente destaca la doctrina «conforme al vigente art. 1124.2 CC, el perjudicado por el incumplimiento puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. El art. 1190 PMCC amplía el abanico de posibilidades, incluyendo la reducción del precio, pero en ambos preceptos el contratante no incumplidor puede elegir entre la pervivencia de la relación obligatoria –exigiendo el cumplimiento o la reducción del precio– o, por el contrario, la resolución o extinción de la relación obligatoria que le vinculaba con el incumplidor»: CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ*, n. 2131, mayo 2011, p. 9. Así que, en este sentido, la reducción llega a ser un remedio general del incumplimiento: FENOY PICÓN, «La modernización... parte segunda.», cit. 1561.

⁸³ Reenvío ampliamente a FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 86 y ss. y pp. 178 y ss.

⁸⁴ La doctrina observa como «la PMCC suprime el régimen de los saneamientos, estableciendo en su lugar el principio de conformidad (arts. 1445 y 1474 y ss.) y la obligación de que la cosa entregada esté libre de derechos de terceros (art. 1445 y 1490 y ss.) (...) con ello desaparece el problema de coordinación entre las acciones edilicias y la resolución por incumplimiento y la distinción entre el saneamiento por vicio ocultos y la doctrina del *aliud pro alio*, que tanta literatura jurídica propiciaron»: CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 5.

Sobre el *aliud*, para todos, remito a FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid 1996, *passim*, y en el DCFR VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, n. 1, 2011, pp. 5 y ss.

imperfecto. Esto se debe a que –al margen de la eventual acción de daños y perjuicios– la única vía que existe son las acciones edilicias, no permitiéndose la reparación o sustitución⁸⁵ del bien. Estos últimos dos remedios en cambio, se necesitan siempre, más aún si se trata de bienes muebles que son objeto de compraventa. La acción de cumplimiento que el código predispone para el contrato general, se percibe solamente en su óptica totalitaria e integral y no como una alternativa⁸⁶ a la acción de resolución o reparación.

La negativa a conceder la reparación o sustitución en el contrato de compraventa, se funda esencialmente en dos órdenes de consideraciones.

Por un lado, se entiende que la entrega del bien, aunque defectuoso, «comporta en todo caso una atribución patrimonial a favor del comprador (...) que representa para él una utilidad hasta el punto de que para él su satisfacción ya se puede lograr mediante la reducción del precio»⁸⁷.

Por otro lado, la reparación o sustitución directa del bien por parte del vendedor, constituiría una acción que difiere del contenido típico de su obligación en la compraventa, que consiste únicamente en dar y no en hacer, como sería la eliminación de los vicios/defectos⁸⁸. En este punto, alguna parte de la doctrina admite la posibilidad de una sustitución, pero no de la reparación, diferenciando la obligación de hacer y de dar, ya que, al fin y al cabo, en el primer caso «se volvería a dar»⁸⁹. Sin embargo, esta interpreta-

⁸⁵ Aunque se habla de reparación o sustitución, debe asumirse un término más amplio como subsanar, rectificar. La doctrina observa como «La terminología del art. 1483.1 Propuesta compraventa (subsanar, entregar otra cosa) no coincide con el art. 1193 PC (reparar, rectificar, sustituir). Pero en la Exposición de Motivos n. 18 de la propuesta sobre compraventa se comprueba que subsanar es reparar y entrega de otra cosa es sustituir»: cfr. FENOY PICÓN, «La modernización...parte segunda», cit., p. 1544.

⁸⁶ BIANCA destaca cómo la acción de cumplimiento no puede construir una alternativa a las acciones edilicias (o a la de falta de calidad *ex art.* 1497 CCit), dado que estas acciones presuponen que la prestación se haya realizado (de forma no exacta), mientras que la acción de cumplimiento presupone que la prestación no se haya ejecutado: cfr. BIANCA, *La vendita e la Permuta*, Giuffrè, vol. VII, tomo I, en *Trattato di diritto di Diritto Civile Italiano*, F. VASSALI (dir.), Utet, Torino, 1972, pp. 898 y ss.

⁸⁷ En estos términos MARTORANO, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁸ Aquí es oportuno citar la doctrina italiana: GORLA, *op. cit.*, p. 65 MARTORANO, *op. cit.*, p. 116, *vid.* también 35 y ss., en particular p. 40. Más recientemente LUMINOSO, «La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2003, pp. 413 y 414.

⁸⁹ «L'obiezione che il venditore non può essere tenuto ad un *facere*, posto che si è obbligato solo ad un *dare*, perde gran parte della sua rilevanza. Dato che qui si tratta, appunto, di richiedere la sostituzione della cosa vizata con un'altra che non lo sia e quindi in nuovo *dare*»: AGHINA, «Garanzia per i vizi della cosa e azione di esatto adempimento», *GI*, 1964, I, p. 1137, también *vid.* GRECO y COTTINO, *Della vendita, art. 1470-1547*, II ed., en *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 281.

ción *a contrario* justificaría con mayor razón, la negativa de la sustitución, porque con ella el comprador terminaría por exigir un «segundo (y *ulterior*) cumplimiento»⁹⁰.

Ahora bien, si en el derecho italiano⁹¹ o francés⁹² esta problemática es más contundente, en la óptica española se atenúa debido a la incorrecta comprensión del saneamiento, en relación con las acciones edilicias. Dado que se entiende que esta genuina garantía es una obligación de saneamiento⁹³, la jurisprudencia «degenera» la reducción del precio, identificándola con los importes de reparación del bien, cuando, en cambio, ésta debe ser proporcional y calculada por expertos, a tenor expreso del artículo 1486 CC⁹⁴.

6.3 EL REMEDIO VOLUNTARIAMENTE GARANTISTA

Que la reparación y la sustitución del bien como obligación están conceptualmente lejos de la compraventa en los sistemas codificados, lo evidencia una importante sentencia de la *Cassazione a Sezione Unite*, que aclara y despeja cualquier duda en caso de que ellas sean aceptada voluntariamente por el comprador. Se establece que la oferta de reparar o sustituir el bien ofrecida por el vendedor, frente a la queja del comprador y aceptada por este último, es una tutela que no se enmarca en las acciones edilicias, aunque provenga de un defecto de la cosa. En este caso, el exacto cumplimiento que deriva de la aceptación por parte del comprador de la oferta del vendedor, no es otra cosa que una acción que queda sujeta, según el *Cassazione*, a los plazos ordinarios de prescripción relativos al incumplimiento general del contrato y no a los relativos

⁹⁰ BIANCA, *La vendita...* cit., p. 897.

⁹¹ También bajo el código italiano de 1865, la tesis excluyente de la acción de exacto cumplimiento prevalece. Estudia y resume atentamente el tema AMORTH: *vid.* AMORTH, «In tema di tutela del compratore: può chiedersi la sostituzione di una cosa viziata», *GI*, 1965, I, 1, pp. 328 y ss. con amplia bibliografía citada. Para las diferentes posiciones favorables o contrarias a la reparación y sustitución, se reenvía también a AGHINA, *op. cit.*, pp. 1133 y ss. Por la doctrina anterior al *Codice* de 1942: *v. gr.* GORLA, *op. cit.*, p. 65 (destacando como excepciones los casos en que la sustitución no se prevea por los usos comerciales p. 159).

⁹² En el derecho francés, tampoco puede pedirse la sustitución y la reparación, aunque se acepta por algunos autores. *Cfr.*, LAURENT, *Principes de Droit civil français*, Paris, 1903, tomo XXIV, n. 291, AUBRY et RAU, *Cours de droit français*, 5.^a ed., 1922, tomo V, n. 355 bis, nota 14, HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Pichon, Paris, 1903, tomo X, n. 151.

⁹³ Es MORALES MORENO quien destaca brillantemente que saneamiento no debe interpretarse como una obligación, sino como una garantía, ya que es el acto de «afianzar o asegurar reparo o satisfacción del daño que puede sobrevenir», tal como matiza el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de 1851 (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., pp. 679-681).

⁹⁴ Reenvío ampliamente a FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 151 y ss.

a las acciones edilicias. Se mantiene de esta forma, clara la línea de demarcación entre un tipo de tutela y otra, bajo la constatación de que la sustitución o reparación son obligaciones de *facere* y deben alejarse de la otra disciplina⁹⁵.

Ahora bien, el *Codice* –mediante su restructuración de 1942– toma algunas de las problemáticas evidenciadas antes y hace suyas ciertas⁹⁶ propuestas expresadas en el proyecto franco-italiano de obligaciones y contratos, introduciendo un sistema de medios a favor del comprador, independiente de las acciones edilicias.

Por un lado, se ha intentado uniformar⁹⁷ la materia en relación con los vicios y defectos de calidad y el *aliud pro alio*⁹⁸, introduciendo la resolución⁹⁹ y reducción del precio¹⁰⁰ para las faltas de calidades prometidas¹⁰¹.

⁹⁵ Cass. Civ. SSUU, 13 de noviembre de 2012, n. 19702, en base de datos *Deiure*.

⁹⁶ La garantía de buen funcionamiento se preveía ya en el art. 374 del Proyecto de código franco-italiano de 1927, que esencialmente corresponde al primer párrafo del actual art. 1512 CCit., aunque con un plazo mayor: un año, en lugar de seis meses para el ejercicio de la acción. *Vid.* relación al *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXVI.

⁹⁷ Ya v. *gr.* RUBINO, *op. cit.*, p. 762.

⁹⁸ La diferencia que caracteriza a los vicios ocultos se relaciona más bien con la naturaleza del defecto. El vicio se relaciona con defectos relativos al proceso de producción y fabricación. Mientras que la *manca di qualità*, más bien alude a las diferencias de sustancia, de tejido, de color, relacionándose con los elementos sustanciales que sirven para distinguir el bien respecto a otro: *vid.* por ejemplo Cass. Civ., III.ª, 3.12.1970, n. 2544 (*MGC*, 1970, 1321); Cass. Civ., II.ª, 25.6.1980, n. 3992 (*MGC*, 1980, 1728). Sobre la diferencia entre *qualità*, *aliud pro alio* y vicios ocultos v. *gr.*: MANTOVANI, «I vizi redibitori nel contratto di compravendita», *Rassegna di Diritto Civile*, 2009, n. 1, pp. 58 y ss, *vid.* también MAZZALLA, «L'aliud pro alio», en BIN y LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, *wn Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Cedam, Padova, 2003, pp. 287 y ss.

⁹⁹ Así, en el Derecho italiano, se diferencia expresamente la resolución «*per difetto delle qualità promesse*» ex art. 1497 CCit., de la acción redhibitoria. Aunque las dos posibilidades de resolución queden sujetas al mismo término de prescripción regulado por el art. 1495 CCit., la acción ex art. 1497 CCit. se relaciona con la culpa del sujeto, mientras que las acciones edilicias no, lo que conlleva la irrelevancia de que la falta de calidad sea o no reconocible por el vendedor. Por todas, Cass. Civ., II.ª, 24.5.2005, n. 10922 (*MGC*, 2005, 1161); Cass. Civ., II.ª, 21.1.2000, n. 639 (*MGC*, 2000, 102 y en *Contr.*, 2000, 903).

¹⁰⁰ Aunque no está prevista expresamente por el art. 1497 CCit, en estos casos se extiende también la reducción del precio mediante un enlace con la disciplina general del incumplimiento contractual (*vid.* Cass. Civ., III.ª, 10.1.1981, n. 247, *MGC*, 1981, 92). Este reenvío conlleva también la diferenciación de la intensidad de los vicios (cfr. art. 1455 CCit.), aplicándose para incumplimientos de escasa o menor importancia, aspecto que solo en parte se utiliza en los vicios redhibitorios (v. *gr.* ya Cass. Civ., II.ª, 15.2.1986, n. 914, *MGC*, 1986, 276; Cass. Civ., II.ª, 25.6.1980, n. 3992, *MGC*, 1980, 1728). Por la doctrina a favor de aplicación analógica de la disciplina de los vicios al supuesto fáctico de la ausencia de *qualità*: LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 5.ª ed., 2006, p. 277.

¹⁰¹ *Vid.* art. 1497.1 CCit. Sobre el art. 1497 *vid.* v. *gr.* AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato BUSNELLI, 2012, pp. 195 y ss.

Por otro lado, se introduce una ulterior garantía, la de «*buon funzionamento*»¹⁰² del bien, que, a diferencia¹⁰³ de las garantías legales edilicias, opera si es ofertada *sua sponte* por el vendedor o si no se ha pactado, cuando puede deducirse de los usos. Se crea así un medio que permite al juez ordenar que el vendedor repare o sustituya el bien.

De este modo, en el ordenamiento italiano la convivencia entre la progresiva ampliación del objeto contractual de la compraventa y el cumplimiento imperfecto encuentra solución, aunque de momento incompleta, puesto que se consigue introducir un medio que es solo voluntario u opera según los usos. Pese a ello, es valorable la introducción de un nuevo medio de tutela que sigue siendo una garantía —esta vez de sustituir o reparar el bien— y que complementa aquellas de las acciones edilicias. Este sistema es el que se consagra posteriormente con la llamada «garantía comercial» de la directiva 44/1999¹⁰⁴, aunque, como veré, no con la misma coherencia, pues la naturaleza de las acciones edilicia no será la misma.

VII. LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LA CREACIÓN DE LA JERARQUÍA REMEDIAL

Por lo visto hasta ahora, frente al incumplimiento, conviven dos sistemas, uno para el contrato en general y otro para la compraven-

¹⁰² Vid. art. 1512 CCit. Sobre el art. 1512 vid. v. gr. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. artt. 1510-1536. Seconda edizione riveduta ed ampliata con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n.24*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato BUSNELLI, 2004, pp. 165 y ss.

¹⁰³ Sobre la independencia de la garantía ex art. 1512 CCit respecto a los vicios edilicios y las faltas de calidades: Cass. Civ., III.^a, 17.9.1981, n. 5155, *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 9, Cass. Civ., II.^a, 23.12.1991, n. 13869, *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 12, *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, 133, *Vita not.* 1992, 658.

Para la jurisprudencia, la garantía edilicia se diferencia de la garantía de buen funcionamiento porque la segunda solamente impone al comprador la carga de probar el mal funcionamiento del bien vendido. La primera —a la que el vendedor queda obligado aunque no sea culpable— impone además la carga de demostrar la existencia de un determinado vicio que hace que bien sea inidóneo para el uso al cual se ha destinado. En estos términos, Cass. Civ., II.^a, 16.6.1980, n. 3813, *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 6, cfr. también Cass. Civ. 17.5.1966, n. 1262, *GI*, 1967, I, 1, 422.

¹⁰⁴ A raíz de la implementación de la venta de bienes de consumo, parte de la doctrina se manifestó a favor de una reestructuración del sistema del Código Civil relativo a la compraventa: cfr. «*urgente armonizzare le norme interne sulla garanzia per i vizi e mancanza di qualità per difetto di conformità, estendendo la gran parte delle disposizioni europee a tutte le vendite e riservando solo poche di esse alle vendite di beni di consumo*»: LUMINOSO, «La vendita e i contratti di alienazione», *RDC*, n. 6, 2006, p. 324. Para su propuesta: LUMINOSO, «Appunti per l'attuazione delle direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita», *Contratto e Impresa Europa*, 2001, pp. 133 y ss. Vid. también LUMINOSO, «Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice alla direttiva 1999/44», *RDC*, n. 6, I, 2001, pp. 837 y ss.

ta, y ambos presentan asincronismos en cuanto al cumplimiento imperfecto o parcial. Hasta este momento, el sujeto no queda sometido a una precisa jerarquía de remedios, aunque para acudir a la resolución es clara la necesidad de que el incumplimiento sea esencial¹⁰⁵. El sistema descrito requiere de armonía y sistematización.

Aunque el Código Prusiano¹⁰⁶ inspira este proceso, es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías la que juega un papel clave sistematizando y complementando los medios de tutela del acreedor, en este caso del comprador.

La Loi Uniforme sur la Vente Internationale (en adelante LUVI), predecesora de la CISG, dedica atención al cumplimiento, previendo la resolución del contrato o la reducción del precio y los daños y perjuicios (cfr. art. 46 LUVI). Sin embargo, esquivaba la problemática de la pretensión de cumplimiento perfecto en términos de reparación o sustitución del bien. En este contexto, debe destacarse que la sustitución –en su peculiar y específica modalidad prevista por el art. 25 LUVI– operaba como medio de auto tutela del comprador, excluyendo la acción judicial. Se trataba de un importante instrumento que encontraba apoyo en los arts. 25, 84 y 85 y que ha transmutado en los actuales artículos 75 y 76 CISG, pasando a enmarcarse en los daños y perjuicios¹⁰⁷.

La introducción por la Convención de Viena de un concepto amplio de incumplimiento, respaldado por la noción de falta de conformidad, que incluye el cumplimiento parcial, el defectuoso y el imperfecto, crea un sistema general de remedios contractuales

¹⁰⁵ También en el Proyecto franco-italiano de obligaciones de 1927 se mantiene esta postura tradicional. Para la resolución también se exigía que el incumplimiento no fuese de escasa importancia en proporción a la prestación prometida (arts. 47 y 48 Proyecto franco-italiano). Por el art. 47.2 Proyecto franco-italiano el juez puede dar, según las circunstancias, un plazo en favor del deudor para cumplir.

Una primera jerarquía se presenta también con el art. 46 de la *Loi Uniforme sur la Vente Internationale* o LUVI por el cual «el comprador que no ha obtenido la ejecución del contrato ni declarado su resolución, puede reducir el precio...».

¹⁰⁶ Es CALVO quien muy agudamente observa que es «el código prusiano de 1794 que, de la tradición romanística e inspirándose en el derecho natural atribuye al comprador, antes que todo, el derecho al exacto cumplimiento y en suborden la facultad de promover los remedios edilicios (§§ 325 y 326, I, 5, *Allgemeines Landrecht*). Esta disciplina constituye el modelo del Código civil austriaco de 1811 (§ 932) y fue sustancialmente abandonada en el *Code français*, en el Código civil alemán de 1896 y en los códigos civiles post unitarios, para ser retomada por el art. 3 de la Directiva 44/1999 sobre las huellas del art. 46 CISG»: CALVO, «Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519 ter CC», en BIN y LUMINOSO, VVAA, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, Cedam, Padova, 2003, p. 136.

¹⁰⁷ No puedo aquí analizar este aspecto, pero se destaca que este peculiar sistema remedial tiene su origen en el art. 68 del Código de Comercio italiano de 1882 (como observa ya BOCCHINI, *op. cit.*, p. 189), para luego incorporarse en los actuales arts. 1515 y 1516 del CCit. Así, se incluye en los arts. 25, 84 y 85 LUVI, para luego modificar totalmente su contexto en la CISG, ya que de un medio de ejecución forzosa viene a transformarse, en los actuales art. 75 y 76, en un remedio de otra naturaleza.

que consigue abarcar todas las posibles soluciones en las que el sujeto puede resguardarse.

Por un lado, se introducen expresamente la reparación y sustitución del bien, aunque de forma asimétrica, ya que para esta última se exige un incumplimiento esencial¹⁰⁸.

Por otro lado, queda zanjada la naturaleza de los remedios: todos son (¿o parecen ser?¹⁰⁹) obligaciones del vendedor, naciendo una precisa «obligación de entregar el bien conforme». En el artículo 35¹¹⁰ y en el artículo 45 CISG se enmarca una precisa obligación del vendedor que comporta el abandono del concepto garantista, propio de las acciones edilicias. Se introducen las obligaciones de reparar y sustituir y se desmantela totalmente el concepto de riesgo relacionado con la operación económica, que, respecto de los vicios ocultos, pasaba al comprador transcurrido un determinado plazo de caducidad.

Esta sistematización es la génesis del régimen jerárquico de los remedios contractuales: la transformación de las garantías edilicias y su fusión con otros medios de tutela justifica la necesidad de que se ordene de manera adecuada elección entre ellos (cfr. arts. 45 y ss.).

A pesar de que la doctrina constata que la duplicidad de acciones resolutoria-redhibitoria resulta, que éstas surgieron en momentos históricos distintos y que los intentos por conciliarlas parecen fracasados¹¹¹, es cierto que ello no se verifica en la Convención de Viena. En óptica nacional, el problema subsiste debido a la pervivencia de dos sistemas, el de la teoría general del contrato y el específico de la compraventa, lo que no sucede en la Convención de Viena. Por ello, este texto cumple su misión al tratar una única

¹⁰⁸ Aunque al tenor del art. 46 CISG, tanto la reparación como la sustitución del bien deberán formularse mediante una declaración específica en el plazo para la notificación de la falta de conformidad del art. 39 CV, «o dentro de un plazo razonable a partir de este momento».

¹⁰⁹ Para la doctrina, la Convención de Viena y la directiva 44/99 «están rompiendo (...) la exacta correspondencia entre pretensión de cumplimiento del acreedor y deber de prestación del deudor. La reparación y sustitución traspasan los límites estrictos del deber de prestación del deudor (...) la reparación puede imponer al vendedor un deber que no se corresponde con el contenido de su deber de prestación». MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 191 y 192. *Ídem* MORALES MORENO, «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en AAVV, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 261 y ss.

¹¹⁰ En este sentido nace, en la CISG y en el art. 35, un nuevo concepto de incumplimiento que la doctrina define como «unitario», que propone «integrar todas las manifestaciones del cumplimiento defectuoso por defectos materiales del objeto y unificar su régimen o sistema de remedios». En estos términos, MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 210 y 211. Parte de la doctrina destaca la influencia que la sección 14.3 de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1979 ha tenido sobre el art. 35.2 lett. b y que posteriormente, ha influenciado también en la normativa de consumo italiana (cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., p. 205).

¹¹¹ En este sentido RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 180.

tipología de contrato, sin la necesidad de conciliar el carácter general con el específico de la compraventa.

Todo tipo de problema interpretativo en relación con la tutela del comprador se resuelve en la Convención, que para estos efectos se toma como punto de referencia. Sin embargo, si en este texto la tutela del sujeto puede operar y fusionarse coherentemente, ello no sucede en los códigos nacionales (v. gr. Francia, España, Italia, Chile, Colombia), al coexistir dos sistemas febles: el del contrato en general y el de la compraventa.

La Convención de Viena toma partido y transforma la «visión garantista» de las acciones edilicias en la obligación de entregar un bien conforme. De esta manera, es que consigue amalgamar el todo. Esta transformación de las acciones edilicias en una obligación, crea una jerarquía de remedios que 1) puede ser influenciada por el comportamiento del sujeto: nace un *right to cure*; y 2) puede vincular las prestaciones con la conveniencia contractual: el sujeto se libera de la obligación si se demuestra que la operación es desproporcionada, excesivamente onerosa, etc., lo que no posible en caso de garantía.

La ampliación del concepto de incumplimiento y la transformación de la garantía en obligación marca profundamente el sistema, ya que asocia de manera directa las antiguas acciones edilicias y la culpa, así como esta última y la acción de cumplimiento imperfecto. Esta es la génesis de la posibilidad, por parte del vendedor, de excusarse en determinados casos, lo que indirectamente se transforma en un patrón para marcar la organización de los acuñados remedios.

Nace así una nueva jerarquía de remedios, que había transitado en la libre elección, en la tipificación de vicios o en plazos de caducidad que marcaban el traspaso del riesgo. El traspaso del riesgo frente a la presencia del vicio (*rectius* falta de conformidad) se desvanece y adopta ciertas consecuencias jurídicas ligadas a las conductas. Por un lado, el comprador asume un *onus* de comunicación propedéutico para no anular la tutela (*vid.* art. 39 CISG) y por otro, el antiguo deber de cumplir del vendedor, se transforma en un *right to cure*, expresión máxima de cooperación contractual, coherente con un comportamiento diligente y de buena fe (arts. 37 y 48 CISG). El hilo que sujeta esta conducta es el interés del acreedor, aunque también el comportamiento del deudor pasa a ser el *deus ex machina* que marca la jerarquía de los remedios.

Mediante la introducción de un concepto amplio de incumplimiento, entendido como falta de conformidad, la Convención de Viena permite que frente a un mismo incumplimiento procedan

múltiples medios de tutela que antes se movían en esferas diferentes. La garantía y la obligación se unen y fusionan, aunque debe tenerse claro que son dos aspectos diferentes. Si la obligación se relaciona con un incumplimiento culpable, la garantía siempre ha prescindido de la consideración de la culpa del deudor y ha operado como asunción del riesgo separada. Es en este contexto que la Convención de Viena le añade un ulterior aspecto conductual que transforma lo que anteriormente era una «obligación de cumplir», en un «derecho a cumplir», manifestado en el *right to cure*. Éste no es otra cosa que la (posible) exclusión de uno u otro remedio mediante una activación de conducta del mismo sujeto. Si antes el sistema garantista prescindía totalmente de la conducta, ésta ahora juega un papel clave y puede llegar a suprimir ciertos remedios.

Así, el *right to cure* se constituye como un mecanismo que restringe la libre elección de los remedios¹¹² y que contribuye a crear la doble definición de incumplimiento o cumplimiento. Es aquí donde viene a plantearse, aún más, la cuestión de si el cumplimiento es un derecho del acreedor o del deudor.

La creación y sistematización jerárquica de los remedios nace mediante un proceso que amplía progresivamente la tutela en favor de una gama más extensa de bienes, incluyendo los sustituibles y los reparables. Lo anterior, se justifica en la introducción de una obligación de entregar el bien conforme, o de una «obligación» que protege de la evicción (arts. 41 y 42 CISG), aspectos que desnaturalizan el concepto de garantía como compromiso negocial e indirectamente incorporan la relevancia de la conducta —en su aspecto más o menos culpabilístico— en la reparación, la sustitución y las acciones edilicias.

Este cambio crea un aspecto conductual que influye sobre la aplicación de los remedios y justifica un comportamiento del vendedor, que puede llegar a imponerse sobre el comprador, como sucede en los casos de cumplimiento anticipado o la rectificación de un cumplimiento defectuoso. Por el contrario, según la antigua concepción estos criterios no se discutían, ya que se trataba de meras garantías que operaban frente a la presencia de un vicio. La expresión máxima de este aspecto se verifica en las posibilidades de intercambio, que permiten reparar un bien en lugar de sustituirlo, si es más conveniente, o de aplicar un remedio proporcionado frente a otro desproporcionado¹¹³.

Si asumimos que las acciones de reducción del precio y la redhibitoria —fusionada ahora con la resolución por incumplimiento—

¹¹² FELTKAMP y VAN BOSSELLE, *op. cit.*, p. 892.

¹¹³ Por todos, cfr. art. 3 directiva n. 44/1999.

eran inicialmente garantías, y que la reparación y sustitución del bien han nacido frente a la necesidad de proveer una tutela activa en cumplimiento defectuosos o imperfectos (antes operativa solo por *exceptio*), se entiende que la estructuración de la Convención de Viena es perfectamente armónica¹¹⁴.

Además esta armonía parece no darse de la misma forma por los «sucesores» de la Convención de Viena, al introducir este sistema en otro difícilmente compatible.

Ahora bien, esta operación, aunque coherente y armoniosa, no conlleva necesariamente un resultado loable, pues parece contribuir a que el concepto de garantía, como tutela económico-jurídica para el comprador, termine por desvanecerse.

VIII. LA FUERZA EXPANSIVA DE LA CONVENCION DE VIENA

A continuación, analizaré brevemente la fuerza expansiva que este sistema ha ejercido, por un lado, mediante la directiva núm. 44/1999 y por otro, sobre los actuales textos que tienden a armonizar o unificar el derecho privado europeo.

8.1 LA ARCANA POSTURA DE LA DIRECTIVA NÚM. 44/1999

El sistema remedial instaurado para la compraventa internacional de bienes muebles en la Convención de Viena, viene a ser utilizado como modelo¹¹⁵ por la directiva núm. 44/1999, que regula la compraventa de bienes de consumo.

La directiva introduce una «obligación de entregar el bien conforme» (art. 2) y por ello, el vendedor «responderá» de la falta de conformidad del mismo. Sin embargo, al detallar los derechos del consumidor, la redacción se hace más neutral y el legislador comunitario no toma como punto de referencia al proveedor, sino que afirma concretamente que el consumidor «podrá exigir» o «tendrá

¹¹⁴ La doctrina destaca cómo «La CISG ha resuelto uno de los mayores problemas con los que se ha venido enfrentando la articulación de la responsabilidad contractual en los ordenamientos continentales inspirados en el sistema romano: el problema de las acciones»: MORALES MORENO, *La modernización...* cit., p. 210.

¹¹⁵ Sobre esta influencia v. gr. cfr. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, «I problemi della attuazione della direttiva 1999/44/CE nei diritti nazionali», en VVAA, *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno nazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova. 14-15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 261, BIANCA, «Artículo 3», en VVAA, *EU Sales Directive Commentary* (BIANCA y GRUNDMANN editors), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, p. 152.

derecho» a la reparación y sustitución del bien o a la reducción del precio y a la resolución de contrato cuando procedan (art. 3).

En este ámbito, las garantías edilicias parecen desvanecerse por completo, porque, en el texto de la directiva, la referencia a la «garantías» se realiza a instrumentos voluntariamente ofrecidos por el vendedor¹¹⁶. Por lo tanto, a pesar de que el título de la directiva («Sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo») parezca crear más expectativas, se queda estancado en la exclusiva referencia a este tipo de garantía convencional. En este sentido, la directiva 44/1999, no solo elimina cualquier referencia al origen de las acciones edilicias, sino que percibe estas «garantías» de una forma no tan coherente, pues al referirse a las mismas, utiliza la voz «debe», evocativa de una obligación (cfr. art. 6 directiva).

Frente a este panorama, la doctrina no consigue tomar una clara posición¹¹⁷ y se ha preocupado de valorar si la directiva –a pesar de su lenguaje– viene o no a concretar una modificación sustancial. Por ello, se divide en dos posturas totalmente antitéticas, por una parte, sosteniendo que se configura una verdadera obligación¹¹⁸ y por otra, sustentando que se mantiene una garantía¹¹⁹. En este último caso, se argumenta que la existencia de una verdadera obligación de entregar el bien conforme al contrato (al tenor del art. 2 de la directiva)¹²⁰, conllevaría la desaparición¹²¹ de las garantías edilicias, además de transformar la reparación y sustitución en remedios de exacto cumplimiento.

Este debate doctrinal tiene también evidentes repercusiones prácticas, por cuanto la incorporación de la directiva 44/1999, en

¹¹⁶ En este sentido, retoma la visión que ya se ha visto contenida en el art. 1512 CCit. Ya CALVO observaba cómo, a pesar del *nomen iuris*, la garantía de la directiva 44/1999 identifica la ofrecida por el vendedor o por el productor cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., p. 158 y 159, nota 107. Destaca también que la garantía de la directiva es de naturaleza convencional: MAZZAMUTO, «La nuova direttiva sui diritti del consumatore», *Europa e Diritto Privato*, n. 4, 2011, p. 905.

¹¹⁷ Parece cambiar su opinión AMADIO: cfr. AMADIO, «La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità», *Contratto Impresa. Europa*, n. 1, 2001, pp. 2 y ss., AMADIO, «Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche», *RDC.*, n. 6, I, 2001, pp. 879 y 895 y ss.

¹¹⁸ DE CRISTOFARO, *Difetti di conformità e diritti del consumatore*, Cedam, Padova, 2000, pp. 53 y ss. y pp. 256 y ss., DI MAJO, «Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo», *Europa e Diritto Privato*, n. 1 2001, pp. 6 y ss., p. 8, nota 12.

¹¹⁹ Es esta la postura de LUMINOSO, por lo menos para los defectos anteriores al traspaso de propiedad del bien: LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione*, pp. 99 y ss., LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro in margine al decreto legislativo núm. 24 del 2002», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, p. 25.

¹²⁰ Esto crearía una nueva «obligación de conformidad». En estos términos LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 369 y 370.

¹²¹ CALVO habla de «congedo» de estas garantías. Con referencias de doctrina alemana cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., pp. 153 y 157.

algunos ordenamientos¹²² parece reestructurar el sistema en torno a la categoría de la obligación, mientras que en otros, como el austriaco, se mantiene la antigua concepción romana, calificando el compromiso del vendedor de «asegurar» la conformidad, en términos de «prestar la garantía que el bien sea conforme al contrato»¹²³. Del mismo modo, el ordenamiento francés evidencia, al incorporar la directiva, una expresa garantía legal de conformidad, aunque su contenido parezca desmentirlo al afirmar que «*le vendeur est tenu de livrer un bien conforme*»¹²⁴.

En suma, la incorporación de los remedios edilicios y los de reparación y sustitución se produce de una manera incoherente y heterogénea en los ordenamientos nacionales, contrariamente a lo que sucedió con la Convención de Viena. Por ello, queda abierta a debate la cuestión de si la directiva 44/1999 ha producido, o no, una «atracción¹²⁵» de la garantía edilicia en el ámbito de la obligación.

8.2 LA INFLUENCIA SOBRE LOS OTROS TEXTOS

La influencia del sistema remedial consolidado con la Convención de Viena se ha dirigido hacia dos tipos de textos de unificación y reforma: uno que abarca solo la compraventa o contratos similares y otro que generaliza estos remedios a cualquier tipo de contrato.

Del análisis de ambos casos, surge un aspecto sobre el cual cabe hacer hincapié. Al extender el sistema remedial a cualquier contrato, se enmarcan los remedios relativos a la prestación defectuosa como una violación de la obligación¹²⁶, lo que comporta la possibili-

¹²² La referencia es al ordenamiento italiano: *vid.* arts. 129 y 130 *Codice di Consumo*.

¹²³ *Vid.* Sec. 922, abs 1, ABGB austriaco; como destaca oportunamente MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 322.

¹²⁴ L 211-4 de su Código de consumo: «*Garantie Légale de conformité*»: «*Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.*

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.» También el Código de consumo italiano se decanta por una garantía legal de conformidad, en contraposición a la convencional del vendedor o del productor: *vid.* arts. 128 y ss. *Codice di Consumo*.

¹²⁵ La expresión es de BIANCA, «L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma civile», *RDC*, n. 6, 2006, p. 61.

¹²⁶ *Vid.* III.-3:101 y III.-3:201 DCFR, art. 8:101 PECL. También los *Acquis Principles* asocian los remedios a una «*no-performance of the obligation*». Sin embargo, en parte, modifican la naturaleza de la reducción del precio, asociándola estrictamente con una forma de resolución parcial. *Vid.* art. 8:301 *Acquis Principles*. Sobre el punto: *vid.* ZOLL, «The remedies for non-performance», en SCHULZE (Ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, GmbH, Munich, 2008, pp. 197 y ss., (en este mismo texto a pp. 311 y ss.; véase también el comentario oficial del art. 8:301 al cual se remite).

dad de exigir el cumplimiento específico expresamente definido como tal¹²⁷. Sin embargo, debe observarse que los redactores de estos textos, al hablar de la resolución y de la reducción, omiten la referencia a la obligación y utilizan fórmulas más neutrales que no aluden a la obligación del deudor, sino que al derecho del acreedor, quien «puede» resolver el contrato¹²⁸ o reducir el precio¹²⁹. Esto, en parte, parecería dejar abierta la interpretación de estos últimos dos remedios y su eventual aspecto garantista. No obstante, esta posibilidad tiende a desvanecerse en el DCFR, el cual, al retomar el sistema remedial para el específico contrato de compraventa, presenta dos particularidades: *a*) aunque la obligación de entrega del bien omite la palabra conforme (IV. A-3:101)¹³⁰, se prevé, a propósito de la resolución, un reenvío expreso a la normativa para el contrato general (*vid.* IV. A-4:201 DCFR¹³¹) y *b*) se asume un concepto de garantía –la comercial– fiel a la directiva 44/1999¹³².

También la Propuesta de reglamento sobre compraventa europea parece asumir una postura similar, ya que delinea una específica «obligación» del vendedor que genera tanto la posibilidad de reparar o sustituir el bien, como la de reducir el precio o resolver el contrato¹³³. Así, es clara la asociación de la reducción del precio con la actividad del vendedor y su cumplimiento, en cuanto dicha acción procede cuando el comprador ha aceptado el «cumplimiento no conforme¹³⁴», ampliándose también al caso de la prestación del servicio¹³⁵.

¹²⁷ *Vid.* III.-3:302 DCFR, art. 9:102 PECL. Es importante que los mismos comentarios oficiales de los PECL, a la hora de traducir la palabra *specific performance* como «cumplimiento en forma específica», matizan y afirman que esta es «denominada también ejecución en natura. En otras ocasiones, los autores se refieren a la pretensión de cumplimiento o a la acción de cumplimiento en forma específica»: LANDO, BEALE (eds.), *Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO, MARTÍNEZ SANZ, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 579, nota n. 1.

¹²⁸ *Vid.* III.-3:501 DCFR, art. 9:301 PECL.

¹²⁹ *Vid.* III.-3:601 DCFR, art. 9:401 DCFR.

¹³⁰ Confirma este aspecto el comentario oficial letra e) del IV. A-2:101 DCFR, que afirma que la entrega debe ser «conforme»: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, II (III.-5:101-IV. C.-8.111), edited by Christian VON BAR, Eric CLIVE, Sellier, Munich, 2009, p. 1254.

¹³¹ El comentario oficial de este artículo, en su letra B, señala que se aplicará la reducción del precio en los términos generales del libro III. *Vid.* STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1341.

¹³² Este aspecto voluntarista se destaca en el comentario oficial art. IV. A.-6:101 DCFR, en su letra C, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1391.

¹³³ *Vid.* art. 106 anexo I, CELS, art. 123 ELI P.

¹³⁴ *Vid.* art. 120 anexo I, CELS, art. 135 ELI P.

¹³⁵ *Vid.* arts. 155 y 157 anexo I CELS.

Hasta aquí, por lo tanto, parece que el aspecto garantista de la reducción del precio y la resolución contractual ha sido derrumbado y viene a ser totalmente dependiente de la infracción de la obligación del vendedor, cual es, la de entregar el bien conforme.

Distinto es el caso de la reciente Propuesta de Código Mercantil español¹³⁶. Aquí, al tratar la compraventa, aunque se acepte un concepto amplio de conformidad del bien (art. 511-2 Propuesta), el texto se preocupa de identificar que, a falta de dicha entrega, el vendedor será «responsable de cualesquiera faltas de conformidad del bien» (art. 511-9). En este sentido, se proyecta un concepto de responsabilidad más amplio, que retoma el amplio concepto de garantía «edilicia» y determina el rol del vendedor en cuanto garante y no obligado.

Este sesgo garantista puede abarcar también la reparación y sustitución del bien. En efecto, ciertos proyectos –como muestra y defiende el proyecto Gandolfi– permiten que la entrega no conforme sea compatible con un mecanismo que convierte estos remedios en verdaderas garantías, volviendo a ser coherente con la génesis del sistema, transformando la garantía de buen funcionamiento de facultativa a obligatoria¹³⁷.

Por lo tanto, aunque pareciera que *alea iacta est*, la solución no es unánime y sigue abierta a debate también en este campo.

IX. LA DICOTOMÍA ENTRE LA OBLIGACIÓN Y LA GARANTÍA

Debe asumirse que obligación y garantía juegan papeles y conllevan consecuencias jurídicas disímiles. Aunque su titularidad pueda coincidir en un mismo sujeto –como se da en la compraventa– debe quedar claro que garante y deudor son figuras indepen-

¹³⁶ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Código mercantil*, Madrid, 2013. Para un primer análisis *vid.* el interesante estudio crítico de María Paz GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, n. 1, 2014, pp. 7 y ss., disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46/27>, fecha última consulta 24 de marzo 2015, más ampliamente María Ángeles PARRA LUCÁN, «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», *Europa e Diritto Privato* n. 3/2014, pp. 897-925. En cambio, la Propuesta española para la modernización de obligaciones y contratos tiende a salvaguardar un concepto amplio de incumplimiento, dentro del cual podrían incluirse los aspectos garantistas. Este es más amplio que la simple violación de la obligación, pues no solo se refiere a no realizar la prestación principal, sino que incluye el incumplimiento de cualquier otro deber que resulte de la relación obligatoria (cfr. art. 1188 y 1190 PMCC). No obstante, el texto es cercano a la tradición española y predispone una obligación de entregar el bien conforme con el contrato, a la cual asocia el sistema remedial fiel a la Convención de Viena (cfr. arts. 1445 y 1482 PMCC).

¹³⁷ *Vid.* arts. 187, 196.2, 199, 207 P. GANDOLFI.

dientes, como sucede en muchas garantías personales y reales. Si el deudor debe necesariamente cumplir como consecuencia de la prestación, ello no es así respecto del garante, en que «la única prestación debida por el garante es posterior y eventual y corresponde al efecto de la garantía»¹³⁸. Y si en ambos casos se genera responsabilidad para el sujeto, ella obedece a premisas diferentes. Se distingue entre obligación como cumplimiento relacionado con una conducta y garantía como asunción del riesgo, aspecto que, aunque está conectado con el primero, goza de una cierta autonomía.

Si se asume que la «obligación es deber de observar un comportamiento para satisfacer un interés concreto del acreedor»¹³⁹ y en este caso, la deuda «consiste en realizar en favor de otra persona, el acreedor, una conducta de prestación»¹⁴⁰, desde este punto de vista, el requisito para que operen los mecanismos remediales es la infracción de la obligación.

Ahora bien, debe analizarse si esta violación se relaciona con la culpa del deudor y con su conducta. Indudablemente la obligación se vincula con la culpa del deudor, pero no del todo. Esto se debe a que no necesariamente un comportamiento diligente —y por tanto, no culpable según un patrón de diligencia ordinaria— exime¹⁴¹, pero sí que siempre la negligencia conlleva la responsabilidad¹⁴². Ahora bien, un concepto amplio¹⁴³ de incumplimiento contractual, incluso

¹³⁸ En estos claros y agudos términos Maggiolo que evidencia además que «*il garantito non ha pretesa a una esecuzione proprio perché «il garante non é tenuto a eseguire una prestazione»*: MAGGILO, «La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione», *Obbligazione-obbligazione, un confronto interdisciplinare* a cura di Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI Maria Flavia CURSI, Jovene, Napoli, 2011, p. 93 y también nota n. 21.

¹³⁹ En las palabras de ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, p. 35.

¹⁴⁰ Así expresamente Díez-Picazo y Ponce de León, «El contenido...» cit., p. 361.

¹⁴¹ Ya que en determinadas circunstancias se exige un patrón superior al normal, estándar que normalmente se fija, como observa la doctrina, en la imposibilidad subjetiva ligada al buen padre de familia: cfr. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 23.

¹⁴² Es útil aquí hacer referencia al concepto de culpa obligacional de Badosa Coll, conectado también con la buena fe: «el concepto de culpa jurídicamente relevante en el ámbito de las obligaciones, se compone de dos elementos, que hemos tomado de los art. 1104 y 1107.1, respectivamente. Uno objetivo, consistente en la infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible en la obligación de que se trate, entendiendo diligencia como actividad personal que incumple el deudor en calidad de carga. Otro subjetivo, que es la buena fe considerada negativamente como ausencia de voluntad de infringir la obligación contraída o que constituye la negación de dolo (...) así definimos la culpa obligacional como la omisión o infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible (art. 1104 CC) existiendo buena fe por su parte (1107.1 CC) (...) la mera ausencia de diligencia, carece de toda significación jurídica específica si no está apoyada en la buena fe, porque si se funda en el dolo, la absorbe la voluntad infractora y si en el caso fortuito, la elimina la falta de imputabilidad subjetiva»: Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bologna, 1987, p. 726.

¹⁴³ Como por ejemplo se da en el proyecto de la Cancillería francesa. Aquí, el concepto amplio de incumplimiento tiene lugar cuando el compromiso contractual no ha sido

objetivo, genera la responsabilidad del sujeto, pero ésta puede prescindir de la obligación que se ha asumido y relacionarse con la garantía: nace así una responsabilidad que deriva exclusivamente de la garantía y que prescinde de la conducta del individuo, aspecto este último que, en cambio, es fundamental en la obligación¹⁴⁴.

En consecuencia, la premisa y presupuesto para la existencia de una garantía es la obligación, pero no su violación. En este sentido «la garantía viene a ser un efecto del contrato diferente de la obligación», que implica «la asunción del riesgo relativo a la no satisfacción del interés de la contraparte»¹⁴⁵», el acreedor. Mediante este mecanismo se consigue focalizar el concepto de incumplimiento en el interés del acreedor, salvaguardando la separación entre obligación y garantía. Y debe tenerse claro, como ha atentamente observado la doctrina, que el saneamiento «no presupone el incumplimiento de una obligación de la prestación; es tan solo una forma de designar a un tipo de responsabilidad, fundada en la mera existencia de vicio»¹⁴⁶. En este sentido «la garantía es una hipótesis de responsabilidad especial que se funda no sobre el incumplimiento de una obligación sino sobre la imperfecta actuación de la atribución traslativa del bien»¹⁴⁷.

cumplido o lo ha sido imperfectamente. No se alude a la culpa del deudor, de tal manera que éste solo dejará de responder cuando exista una causa que le exonera de toda responsabilidad. Como destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC*, n. 4, 2012, p. 1785.

¹⁴⁴ Debe aquí recordarse que, para la doctrina, la obligación es por su naturaleza un deber de conducta y tiene como objeto la prestación del deudor, es decir, una actividad dirigida a satisfacer el interés del acreedor: cfr. BRECCIA, *Le Obligazioni*, en *Trattato di Diritto Privato* diretto da IUDICA y ZATTI, Giuffrè, Milano, 1991, p. 134, ya NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Giuffrè, Milano, 1967, p. 65, GIORGIANNI, «Obbligazione (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, XI, 1965, pp. 598 y ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto Privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 184. Interesante es el matiz que se destaca en ámbito contractual entre «estar obligado» y «ser responsable»: Enrique BARROS BOURIE, «La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos», en VVAA, *EEstudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006* (Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO coordinadores), Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2007, pp. 721-752.

¹⁴⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 331.

¹⁴⁶ MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680; *contra* BERCOVITZ que habla de confusión entre el supuesto del art. 1484 CC y el incumplimiento contractual del art. 1124 CC: BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza...» cit., pp. 809 y ss., en particular pp. 811 y 816 y ss.

¹⁴⁷ Es clarificadora la explicación de LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 97. En términos más extensos sobre el momento de considerar el estado defectuoso del bien: *vid.* MORALES MORENO, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 13 y ss. Para un atento análisis sobre el efecto traslativo en la compraventa con un perfil comparado, panorámica fundamental es VVAA, *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. VACCA, II, Giuffrè, Milano, 1991. En relación con el tema en estudio, particularmente Luciana CABELLA PISU, «Garanzia e responsabilità», en *op. ult. cit.*, II, pp. 757-770.

Por lo tanto, es preciso asumir dos nociones de responsabilidad, ligadas a un único y amplio concepto de incumplimiento que, en todo caso, tiene en consideración el interés del acreedor, pero que opera de forma diferente cuando toma forma de obligación o de garantía. La garantía se relaciona con la responsabilidad, pero se desvincula totalmente de la eximente relativa a la conducta. Por lo tanto, «es la institución de la garantía que debe permanecer conectada con la imposibilidad lógica y jurídica de imputar el vicio o la ausencia de cualidad del bien a la conducta del vendedor»¹⁴⁸. Por ello, cabe interrogarse también¹⁴⁹ si la reparación y la sustitución frente a una falta de conformidad, deben operar como obligaciones de exacto cumplimiento o más bien, como garantías.

En este sentido, sí que el cumplimiento defectuoso o no conforme prescinde de la culpa¹⁵⁰ e incluso la acción de daños y perjuicios podría resultar ajena a este patrón, contra la tradicional visión continental¹⁵¹. El cumplimiento defectuoso, por lo tanto, ceba dentro de su concepto un aspecto garantista que obvia la conducta del sujeto, independiente de que pueda relacionarse con un comportamiento diligente o culpable, ya que, como destaca la doctrina¹⁵², a las garantías no puede aplicarse la prueba liberatoria. La única eximente será la inexistencia de la falta de conformidad o del vicio, objetivamente analizada. Un ejemplo significativo de que la entrega de un bien conforme queda desvinculada de la conducta del vendedor es la acción de regreso que éste tiene frente al productor, siempre que no haya incurrido en dolo (v. gr. art. 4 directiva 44/1999).

¹⁴⁸ MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 333.

¹⁴⁹ No hay dudas sobre la función de las acciones edilicias, debiéndose compartir la doctrina que, al referirse a la reducción del precio y resolución en el Código civil español, afirma que «no hay ninguna base para entender que el código por hablar de obligación de saneamiento impone al vendedor el deber (imposible) de entregar la cosa sin vicio» (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680).

¹⁵⁰ En este sentido también se pronuncia la doctrina chilena y latinoamericana plasmada en el borrador de los Principios latinoamericanos de derecho de contratos. Vid. VVAA, *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, coordinador Carlos PIZARRO WILSON, Fundación Fuego Laneri, Santiago de Chile, 2012, publicación editada también por Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. Sin embargo, aunque se quiere diferenciar entre obligación de medio y resultado, más bien debería tomarse conciencia de que el nuevo concepto de incumplimiento nace de una mezcla de obligación y garantía: cfr. VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil», en PIZARRO WILSON, VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 286; también PIZARRO WILSON, «La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia» en PIZARRO WILSON, VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 395.

¹⁵¹ Por esto, la directiva 44/1999 cuidadosamente omite pronunciarse sobre los daños y perjuicios, limitándose a afirmar que se salvaguardan los demás derechos que, en el derecho interno, el comprador tenga (vid. art. 8).

¹⁵² Lo destaca la doctrina italiana con referencia al art. 1218 CCit: BRECCIA, *op. cit.* p. 155.

Mediante el sistema operado por la Convención de Viena, el binomio garantía/riesgo se transforma en obligación, aunque quiera relacionarse con un patrón objetivo como la falta de conformidad. Esta pseudo-transformación requiere adecuar el patrón con la conducta, llegando a convertir un deber, en un eventual derecho (*right to cure*). Sin embargo, no debe perderse de vista que el incumplimiento se relaciona no solo con la inejecución de una obligación, sino con una actuación imperfecta del compromiso negocial, que, en la compraventa, no es otra cosa que la defectuosa actuación en el intercambio¹⁵³.

En la configuración de la obligación del vendedor no hay espacios para imputar la prestación defectuosa¹⁵⁴, salvo mala fe o dolo, ya que esta situación prescinde totalmente de su actividad. Por ende, poco importa si los remedios y la supuesta obligación del vendedor se encuentran ubicados en la fase ejecutiva del contrato¹⁵⁵.

X. LA OBLIGACIÓN Y LA GARANTÍA: DIFERENTE ALCANCE DE LA TUTELA EN FAVOR DEL ACREEDOR

De acuerdo con lo afirmado en el epígrafe anterior, se percibe una doble vertiente interpretativa sobre el derecho a reparar o sustituir el bien defectuoso o, más en general, sobre el derecho que derive de una obligación o proceda de una garantía. Asumir una u otra perspectiva significa atribuir a estos remedios –y también a los de reducción del precio y resolución del contrato– una función diferente.

Como destaca la doctrina¹⁵⁶, si se asume que estos derechos de reparación o sustitución tienen fundamento en el quebrantamiento de la obligación contractual, lo que se está predisponiendo es una tutela satisfactoria del sujeto que busca un preciso resultado: la coacción al cumplimiento. En este sentido, reparación y sustitución se identificarán como acciones de exacto cumplimiento¹⁵⁷.

Por el contrario, si se asume un concepto garantista, la tutela en favor del sujeto será restitutoria y su finalidad será la eliminación de la inobservancia de la *lex contractus* mediante el reequilibrio sinalagmático¹⁵⁸. Es, en este sentido, que dichos remedios serán

¹⁵³ Como constata atentamente MAGGIOLLO, «La distinzione...» cit., p. 91.

¹⁵⁴ Compartimos las palabras de MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 333.

¹⁵⁵ Cfr v. *gr.* art. 3 Directiva 44/1999, III.-1:102 (3) DCFR.

¹⁵⁶ Ya MAZZAMUTO ha puesto atención en este aspecto: MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 327.

¹⁵⁷ A favor de esta postura DI MAJO, «Garanzia e inadempimento...» cit., p. 7.

¹⁵⁸ Así MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., pp. 328 y 334; en el mismo sentido LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 395 y 396.

restitutorios y se orientarán a restaurar el (correcto) resultado traslativo, para que sea conforme al que se prometió¹⁵⁹.

Los remedios de reparación y sustitución se podrían relacionar con el cumplimiento, solo si consiguiéramos configurar respecto del vendedor una obligación de conformidad¹⁶⁰, aspecto que para la mayoría de los bienes pesa sobre el fabricante ya que es éste el sujeto que controla el proceso productivo del bien. Si no fuera así, el concepto de obligación terminaría por incluir un deber que el vendedor tiene que verificar, mediante algo que no ha dependido necesariamente de su conducta. Aquí por lo tanto la imperfecta realización del efecto traslativo del bien que se manifiesta en la garantía¹⁶¹, y que responde a la satisfacción del interés del comprador, podría manifestarse mediante una responsabilidad especial¹⁶², al margen de la eventual acción de regreso frente al productor.

Independientemente de la elección que el lector o el legislador quieran adoptar, es necesario que la postura sea clara, unívoca y coherente. Asumir que la reparación o sustitución del bien se relacionan con una obligación o una garantía es fundamental, ya que significa admitir una tutela jurídica totalmente diferente, en su función y su contenido. Obligación y garantía generan responsabilidad, pero con alcances distintos. Así, aunque se opte por un criterio amplio de incumplimiento (cumplimiento como interés del acreedor), debe distinguirse si la responsabilidad que se genera deriva de una garantía o de obligación.

En cuanto a la sustitución y reparación del bien, es oportuno matizar que podría explorarse una doble perspectiva. He afirmado que los efectos restitutorios de la reparación y sustitución, apuntan a restaurar el efecto traslativo que no se ha verificado correctamente a raíz de que el bien no posea las características pactadas. Pero es fundamental, como ya destacó Luminoso¹⁶³, distinguir si se trata de vicios anteriores o posteriores al efecto traslativo¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Siguiendo a LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 37; LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., p. 415.

¹⁶⁰ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 334.

¹⁶¹ Estos son los razonamientos de LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 97.

¹⁶² Esta es la «responsabilidad especial objetiva de riesgo» de la cual hablaba MORALES MORENO al referirse al vendedor: MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 682.

¹⁶³ Como advierte LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., p. 415.

¹⁶⁴ Esto permite aplicar lo afirmado para la compraventa real o consensual. Es menester destacar que textos como la LUVI, CISG, directiva 44/1999 y otros, ofreciendo una solución en parte salomónica, incluyen ambas posibilidades, ya que se define la compraventa como «todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio», art. 2 (K) CELS, al cual corresponde el art. 2.1 (a) ELI P. Solo la definición del DFCR parecería abrazar un concepto de compraventa claramente consensual (IV-A.-1:202 DCFR).

En vicios cuyo origen es anterior al traspaso de la propiedad, el efecto sería indudablemente garantista y en rigor no se podría hablar de acción de exacto cumplimiento. La única hipótesis de excepción se da si el vendedor es el mismo fabricante, pues ha intervenido en la elaboración del objeto contractual, influyendo sobre sus características, con precisas obligaciones en la fase de manufactura del producto.

La problemática, entonces, queda abierta en faltas de conformidad posteriores a la transferencia de la propiedad y aquí cabe la posibilidad de enmarcarlas en una operación obligacional¹⁶⁵, ya que el resultado puede depender de un comportamiento. Para estos vicios sí que podría hablarse de una sustitución y una reparación relacionadas con una imperfecta conducta del sujeto, y enmarcar con claridad una acción de exacto cumplimiento: es el caso de un defecto de instalación del bien. Este ejemplo no lo proporciono al azar, sino porque me permite analizar un concreto aspecto tratado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶⁶.

La directiva 44/1999 establece una jerarquización entre los remedios de reparación y sustitución, en función de la desproporción que puede producirse entre ellos (art. 3.3). Específicamente, afirma que ambos deben ser «sin cargo alguno» o sin inconvenientes mayores para el comprador (art. 3.2-3.4), es decir, verificados de manera gratuita, como se ha dejado expresamente claro en caso de la sustitución¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Obligada es la referencia a LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 416 y 417.

¹⁶⁶ STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011 (Asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09: peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof, Amtsgericht Schorndorf – Alemania) – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH (C-87/09), publicado en DOUE, 17.6.2011, C226/2. Para un comentario a la sentencia: MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9, 2013, pp. 87 y ss.; GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *ADC*, n. 1, 2013, pp. 323 y ss.; FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, n. 2, 2013, pp. 797 y ss.

¹⁶⁷ En el sentido de que el vendedor no puede exigir el valor de uso que se hubiese hecho del bien no conforme, en caso de sustitución: STJUE 17.4.2008 (sala 1.ª, Asunto C-404/06), llamada sentencia *Quelle* en DOUE 17 de abril 2008. Aquí, a casi dos años de la compraventa de una cocina, se pide, descubriendo una falta de conformidad de la misma, la sustitución. El vendedor exige, en virtud del § 439 n. 4 BGB, un reembolso en dinero por la utilización del bien, cuando, en cambio, la directiva 1999/44 prevé que la sustitución del bien debe realizarse «sin gastos». Para un comentario de esta sentencia se reenvía a v. gr. PIGNARRE, «A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme», *Recueil Dalloz*, 2008, n. 37, pp. 2631 y ss.; ROTT, P., «The *Quelle* case and the potencial of and limitations to interpretation in the light of the relevant Directive», *ERPL*, 2008, n. 6, pp. 1119 y ss.; CAPILLI, G., «La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di Giustizia», *Contr.*, 2008, n. 7, pp. 734 y ss.; DE FRANCESCHI, A., «La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita (a proposito di C. Giust. CC, 17 aprile 2008,

Ahora bien, asumiendo esta gratuidad¹⁶⁸, debe examinarse hasta dónde llega su contenido y si este puede o no verse limitado por la desproporción a la cual se acaba de hacer referencia.

La gratuidad de la operación implica que el vendedor no solo deba asumir el coste del objeto defectuoso, sino cualquier otro tipo de gastos, como los de su retirada y el nuevo montaje. Debe evaluarse cómo se interpretan estos gastos indirectos, los que tal vez han de incorporarse en el concepto de daño¹⁶⁹. La gratuidad de toda la operación parecería ser la solución más apropiada ya que, si asumimos que la instalación es parte de la conformidad del bien, ésta integra el remedio tutelado (v. gr. la sustitución) que, con un concepto amplio, cubrirá todos los costes necesarios para darse la tutela efectiva solicitada.

No obstante, el vendedor podría soslayar este remedio si consigue demostrar que es desproporcionado frente a otro (art. 3.3 de la directiva 44/1999). En efecto, si el sujeto acreditara que el importe efectivo de los gastos –globalmente considerados– es desproporcionado frente a la otra operación (por ejemplo, los gastos de la sustitución frente a los de reparación), podría liberarse del remedio, al tenor del art. 3.3 de la directiva.

Sin embargo, esta operación podría verse más o menos limitada, dependiendo de si se asume un concepto absoluto o relativo de desproporción entre la sustitución y la reparación.

Esto es posible porque a la hora de incorporarse la directiva comunitaria, no solo se ha adoptado el criterio de proporcionalidad relativa¹⁷⁰ entre estos dos remedios, sino que se ha ampliado a una desproporción en un sentido global o absoluto, es decir, intrínsecamente considerada. En este sentido, si se abrazara una noción más amplia de desproporción absoluta –como hace el derecho alemán (vid. § 439 n. 3 BGB¹⁷¹)– el vendedor que consiguiera demostrar

C-404/06», *RDC*, 2009, n. 5, II, pp. 559 y ss.; FENYO PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., p. 796.

¹⁶⁸ Gratuidad asumida en el ordenamiento español y con carácter general en recientes textos jurídicos v. gr. art. 112.2 Anexo I CELS, art. 134.1 ELI P; III.-3:205 DCFR. En España, la gratuidad de la reparación y sustitución del bien en la venta de bienes de consumo, se manifiesta también en el art. 120 RD 1/2007, que ya adopta una solución coherente con la postura asumida por STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011. Por lo tanto, no habría necesidad de reforma después de este pronunciamiento. Sin embargo, en virtud de la futura incorporación de la directiva 2011/83, se sugiere una mejora de redacción de la norma: vid. FENYO PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., pp. 796 y 806.

¹⁶⁹ Como destaca la doctrina que afirma que debe replantearse este aspecto a raíz de la STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., vid. FENYO PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., pp. 802 y 803.

¹⁷⁰ Sobre las diferentes posturas doctrinales españolas a favor de la proporcionalidad relativa o absoluta se renvía a MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien...» cit., pp. 95 y 96 con *ivi* bibliografía citada a las notas n. 1-3.

¹⁷¹ Como destaca la doctrina, en este sentido el ordenamiento alemán atiende al considerando n. 11 de la directiva 44/1999: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., p. 328.

que el precio del remedio es excesivamente elevado, por ejemplo, en relación con el total de la operación, podría eximirse del deber de ofrecer esta tutela.

Frente al supuesto aquí planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tomado partido afirmando que el vendedor debe sufragar los gastos inherentes a la retirada del bien no conforme y a la instalación del nuevo. Y afirma lo anterior, aun cuando éstos sean de un importe desproporcionado¹⁷² respecto de la operación económica celebrada, teniendo, por ejemplo, un coste muy superior al precio en que se ha comprado el bien¹⁷³. En este sentido, confirma la gratuidad en su concepción más extensa¹⁷⁴ respecto de la sustitución e, indirectamente¹⁷⁵, califica la desproporción que puede eximir al vendedor solo de forma relativa, es decir, en relación con el otro remedio (de reparación). Finalmente, atenta y correctamente, el Tribunal hace hincapié en que esta postura «relativa» se justifica porque el vendedor no queda totalmente desprotegido, pues tiene un posible derecho de repetición frente al fabricante¹⁷⁶.

A la luz de este concepto de remedio, el tribunal identifica la sustitución del bien con una garantía, ya que la hace proceder independientemente de la conducta del vendedor. Y lo entiende así porque asume que dicho remedio opera aun si el vendedor no se ha obligado a instalar¹⁷⁷, y también porque lo aplica a cualquier instalación independientemente de que se haya efectuado por el comprador (caso Putz) o por el vendedor (lavavajilla entregada y recibi-

¹⁷² Después de la colocación de 2/3 de las baldosas, se descubre un sombreado que, por dictamen pericial, no puede repararse. El tribunal condena a la sustitución completa de las baldosas por un importe de 5.830,37 € frente al precio de adquisición de 1.382, 27 €. Asunto C-65/09 (asunto Weber en relación con el § 439 n. 3 BGB), cit.

¹⁷³ Ya que «sí en caso de sustitución de un bien no conforme el consumidor no pudiera exigir al vendedor que se hiciera cargo de la retirada de éste del lugar en el que hubiera sido instalado con arreglo a su naturaleza y a su finalidad, y la instalación del bien de sustitución en el mismo lugar, tal sustitución le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa. En efecto, si desde un principio éste hubiera entregado un bien conforme a dicho contrato, el consumidor solo habría tenido que hacer frente una sola vez a los gastos de instalación y no habría tenido que cargar con los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso»: STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 47.

¹⁷⁴ En este sentido, el Tribunal afirma que, por un lado, los gastos relativos a la retirada y a la instalación son necesarios para subsanar la falta de conformidad y por otro, afirma, que en la expresión «sin cargo alguno» pueden entrar también los gastos que no son estrictamente necesarios, ya que la enumeración del art. 3.4 de la directiva 44/1999 tiene un carácter orientativo: *vid.* STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 50.

¹⁷⁵ Digo indirectamente, dado que, en el caso concreto, el otro remedio –el de reparación –quedaba excluido por imposibilidad, ya que los defectos no eran subsanables (asunto Weber: sombreados de baldosas debido a microrestos de lijado, caso Putz: reparación de una lavavajilla).

¹⁷⁶ Al tenor del art. 4 de la directiva 44/199; *vid.* STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 58.

¹⁷⁷ Al asumir la visión amplia de un concepto de falta de conformidad, que incluye los vicios posteriores al momento traslativo, como son los de instalación.

da frente al domicilio del comprador: caso Weber). Esto parecería corroborado por el hecho de que, como se ha observado¹⁷⁸, los cuatro remedios establecidos en la directiva sobre bienes de consumo prescinden de la culpa del vendedor.

Sin embargo, puede avanzarse más, ya que las tipologías de falta de conformidad de ambos casos, aunque acumulados por el Tribunal, podrían no ser exactamente iguales. De hecho, una falta de conformidad –aunque sea detectada después del traspaso de propiedad del bien– se produce o 1) por un vicio que tiene un origen anterior al efecto traslativo (defecto de lavavajilla: caso Putz), o 2) por un vicio que tiene su origen de un aspecto posterior (micro- restos de lijado¹⁷⁹ en las baldosas instaladas: caso Weber). Ambas hipótesis pueden encontrar una interpretación diferente si se asumen los razonamientos que he efectuado con anterioridad y si se asocia la obligación con una conducta del obligado y/o se hace prescindir el efecto de la garantía de cualquier evento.

Por ello debe diferenciarse la naturaleza del remedio, asumiendo como patrones para su identificación, por un lado a) si el origen del vicio (no su manifestación), es previo o posterior al efecto traslativo del bien y, por otro, b) si su origen se relaciona o no con la conducta del obligado.

En los casos analizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo tanto I) la falta de defectos del lavavajilla (problema técnico de su motor), debería enmarcarse en una garantía dado que, aunque se haya manifestado posteriormente al efecto traslativo, prescinde de la conducta del deudor siendo imputable a un defecto de fabricación; mientras que II) la instalación del producto realizada en el caso de las baldosas, derivaría de una precisa obligación.

Contextualizar el supuesto en una garantía o en una obligación, modificaría el alcance y contenido del remedio, debiéndose o no comprender la (total) gratuidad de la operación de retirada del bien defectuoso y la nueva instalación.

La identificación de un medio de tutela como una garantía o una obligación, puede cambiar las cartas en juego. Enmarcar la sustitución en una u otra naturaleza jurídica comporta la necesidad de una diferente carga probatoria. Si se relaciona la operación con una actividad, el vendedor puede aportar pruebas que justifiquen la eximente del remedio, por ejemplo, debido a una excesiva despro-

¹⁷⁸ Lo constata LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 34, con citaciones bibliográficas. Sin embargo, AMADIO matiza y sostiene que para la resolución se necesitaría un incumplimiento imputable (AMADIO, «La conformità al contratto...» cit., pp. 10-14).

¹⁷⁹ Asumiendo que el alisado de la baldosa se efectúa posteriormente a su instalación. Si esto se efectuara antes, el acreedor hubiera podido mitigar el daño al comprobar la apariencia de las baldosas previo a su instalación, lo que hubiera rebajado notablemente el coste de su retirada: así GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...» cit., p. 333.

porción absoluta¹⁸⁰. En cambio, enmarcar el remedio en una garantía, lo haría prescindir de la carga probatoria relativa a la operación de sustitución, debiéndose realizar necesariamente. Aquí, la prueba solo podría influir en la demostración de la existencia o no de la falta de conformidad para excluir el remedio. Dependiendo si se interpreta como garantía u obligación, las consecuencias jurídicas serán diferentes y la tutela propenderá hacia el acreedor o deudor según el contexto (en este caso, comprador o vendedor).

Ahora, si se asume un concepto de desproporción absoluta, como algunos textos recogen¹⁸¹, hasta el extremo de limitar el cumplimiento de las «obligaciones» del vendedor si el remedio resulta desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador¹⁸², se entiende por qué este aspecto asume aún más relevancia.

La antinomia entre la desproporción relativa del Tribunal de Justicia y la desproporción absoluta recogida en determinados textos, puede y debe resolverse solo tomando una clara postura sobre la naturaleza de estos remedios contractuales.

XI. LA ENIGMÁTICA PANORÁMICA REMEDIAL Y SU JERARQUÍA

El vigor de las acciones edilicias y su función de reequilibrio sinalagmático¹⁸³, sumado a lo que he afirmado hasta ahora, genera un panorama despejado de dudas de que estas acciones son garantías y no se pueden confundir con la obligación.

Sin embargo, cabe preguntarse si la aplicabilidad de la reducción del precio a cualquier contrato y la fusión en una única acción

¹⁸⁰ Aspecto que, sin embargo, queda excluido por el Tribunal de Justicia y que es defendido por parte de la doctrina que afirma que el vendedor no debería asumir los gastos de retirada del bien y de instalación, ya que se trata de obligaciones que no estaban en el contrato de compraventa: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., p. 333. Esta doctrina evidencia que, en algunas versiones, la referencia a una desproporción absoluta se identifica con el considerando n. 11 de la directiva 44/1999, que habla de desproporción no frente a un solo remedio, sino frente a «otras formas de saneamientos, como ocurre en las versiones española y alemana» (*ibídem*, p. 327). Sobre la posibilidad de repartir los gastos cfr. MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien...», pp. 95 y ss.

¹⁸¹ Lo destaca y analiza en relación con el art. 9:102 PECL, art. 7.2.2 Unidroit, III.-3:302 (3) DCFR y más dudosa, en relación con los arts. 1192 y 1483.3 PMCC: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., pp. 330 y 331. Sobre un análisis pormenorizado de estos sistemas de incumplimiento en relación con el PMCC y DCFR se remite a GÓMEZ CALLE, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 29 y ss.

¹⁸² Art. 110.3 (b) anexo 1 CELS, art. 132.2 (B) ELI P.

¹⁸³ *Vid.* FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 52 y ss.

de las que antiguamente eran dos –la resolución por incumplimiento y la redhibitoria– han transformado su naturaleza jurídica.

La aplicación de la reducción del precio a todos los tipos contractuales, como propugnaría hoy cualquier texto armonizador, no modifica su naturaleza, sino que la refuerza. Su elevación a principio general básico del ordenamiento, permite que el acreedor goce de un sólido apoyo garantista que le ayuda a reequilibrar las prestaciones, manteniendo, al mismo tiempo, el contrato en vida.

Diferente es el discurso respecto a la resolución del contrato. La fagocitosis de la acción redhibitoria por parte de una omnicomprendensiva resolución por incumplimiento, cambia en parte las premisas en estudio. Si no se tiene bien claro que la actual resolución engloba dos visiones diferentes, se corre el riesgo de ofrecer al acreedor una tutela reducida, ya que podría eclipsar la finalidad de una resolución garantista (acción redhibitoria) y que puede ejercerse «automáticamente». Ésta podría desaparecer en favor de una resolución, en su sentido más amplio, que exija una carga probatoria que las acciones edilicias nunca han requerido, como es el requisito de la culpa para su aplicabilidad¹⁸⁴.

El hecho de que hoy en día se enmarquen la tradicional resolución por incumplimiento contractual y la que era la acción redhibitoria en una «única resolución», crea una naturaleza jurídica híbrida de este remedio. Esto no puede permitirse, ya que al considerarse como una garantía o una obligación, las consecuencias jurídicas y su contenido pueden ser diferentes. Por ello, debe tomarse una solución clara, dejando abierta siempre la doble posibilidad resolutoria –una de ellas relacionada con la culpa– que corresponderá a dos remedios con funciones diversas: uno garantista y otro no.

Finalmente, he analizado en el apartado anterior la posibilidad de que se adopte, en la compraventa, una visión garantista para la reparación y sustitución del bien por vicios anteriores al efecto traslativo, a menos que el sujeto participe directamente en el proceso de fabricación, es decir, si vendedor y fabricante son la misma persona. Para las faltas de conformidades posteriores a este efecto, en cambio, sí que podría hablarse de una obligación contractual, toda vez que la actividad del deudor ha jugado un papel clave, como se da, por ejemplo, en la instalación del bien. De todos

¹⁸⁴ V. gr. GARCÍA RUBIO, «La trasposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2003, II, D. 71, p. 1532; FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice di consumo)*, Jovene, Napoli, 2007, p. 74.

modos, el sistema sigue siendo algo borroso, ya que el vicio posterior puede desvincularse de la conducta del deudor¹⁸⁵.

En un discurso más amplio, cabe identificar la naturaleza jurídica de estos dos remedios frente a otras tipologías contractuales. En cualquier tipo de prestación que no consista en un dar, sino en un hacer (fungible), sí que estos dos remedios dependen *ab initio* de una conducta del deudor y por lo tanto, podrían enmarcarse en su obligación de cumplir, como acciones de exacto cumplimiento. Por lo tanto, es fundamental, respecto a la naturaleza jurídica de estas «pretensiones de cumplimiento»¹⁸⁶, no solo identificar el tipo de contrato, sino la prestación inicial a realizar, como un dar o hacer y si este hacer es fungible y siéndolo, se vincule o no con la conducta del sujeto. Dependiendo de la situación —que se debe a la asunción de un omnicompreensivo concepto de falta de conformidad o de prestación defectuosa— la naturaleza de los remedios cambiará.

En consecuencia, debe comprenderse que no es posible crear una jerarquía entre remedios que no son de la misma naturaleza, como los que se relacionan con una obligación o una garantía. Una jerarquía de este estilo reduciría considerablemente el derecho del acreedor, *v. gr.* comprador, ya que, por ejemplo, limitaría la posibilidad de exigir una garantía bajo la premisa equivocada de que ésta debe someterse a una obligación (y a su carga probatoria). Por esa razón, las obligaciones y las garantías pueden convivir y solaparse, dejando libre al acreedor para exigir la tutela (de exacto cumplimiento) o la garantía (*v. gr.* reducción del precio y resolución del contrato) que estime conveniente y que pueda o deba proceder (por ejemplo, admitiendo que la resolución del contrato obra solo en los casos de no escasa importancia). En el actual y amplio concepto de

¹⁸⁵ Volviendo al ejemplo anterior, éste sería el caso en el cual la instalación se realizó por el acreedor debido a deficiencias en las instrucciones pertinentes, es decir, se prescinde de la conducta del deudor. Incluso aquí es curiosa la solución que eximiría al vendedor de la falta de conformidad si por «el comprador podía esperarse razonablemente que conociera la deficiencia en las instrucciones de la instalación» (IV. A.-2:307 DCFR). Llamativo es el ejemplo oficial proporcionado por el DCFR, por el cual el vendedor quedaría totalmente liberado al dar aviso de que las instrucciones son excesivamente complicadas: «A está interesada en comprar una mampara para la ducha de su baño en un kit de montaje y encuentra un modelo que, a primera vista, le gusta. Sin embargo, el vendedor dice: “No se la recomiendo porque no hay quien entienda las instrucciones de instalación”. B contesta: “No se preocupe. Soy bueno en descifrar instrucciones y he montado antes mamparas similares”»: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1306.

¹⁸⁶ Así los define MORALES MORENO, quien ve la reparación y sustitución del bien como funcionales a «satisfacer in natura el interés del comprador en obtener la cosa en el estado de conformidad del contrato», aunque las aleja de cualquier pretensión indemnizatoria: MORALES MORENO, «Tres modelos...» cit., p. 20. Para una visión en ámbito comparado de estos remedios se reenvía a José María BECH SERRAT, «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *Indret*, n. 1, 2010, en http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf, fecha última consulta 12 de octubre de 2014.

remedio, se comprenden tanto la obligación como la garantía, pero debe asumirse que una jerarquía procede exclusivamente entre remedios homogéneos: entre garantías entre sí¹⁸⁷ o entre obligaciones entre sí, nada más. Este sistema debe complementarse con la acción de daños y perjuicios que velará como protección complementaria y/o independiente¹⁸⁸ (aún más en las obligaciones de hacer no fungibles) sobre el sistema remedial aquí analizado.

El sistema remedial que procede del nuevo y amplio concepto de incumplimiento, ve en su recorrido un punto de partida y de llegada idénticos. Todo tipo de remedio tendrá la naturaleza de un derecho –punto inicial– que comportará como resultado final la responsabilidad del otro sujeto, ya que «el incumplimiento es presupuesto común a todos los remedios»¹⁸⁹.

Sin embargo, dependiendo de que este remedio se configure como obligación o como garantía, tendrá contenidos y alcances distintos¹⁹⁰ y se relacionará con diferentes aspectos, como la culpa o la prueba. Entre remedios de la misma naturaleza podrán crearse determinadas jerarquías que no proceden entre remedios heterogéneos, aunque eventualmente sí que podrán solaparse entre ellas, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Gráficamente, es como si visualizáramos un rombo posicionado horizontalmente. Al vértice lateral, en la parte izquierda (punto de partida inicial del trayecto) tendríamos el «derecho» del acreedor, en el extremo derecho del rombo (punto final del trayecto) se encuentra el vértice de la «responsabilidad», que no necesariamente será del deudor. Para llegar a este resultado final, tendrá necesariamente que pasarse (de la izquierda hacia la derecha) mediante dos recorridos, uno que se mueve por el vértice alto y otro por el vértice bajo del rombo, correspondientes a una obligación o a una garantía, respectivamente. Así, el derecho del acreedor podrá concretarse mediante dos vías con características diferentes, dependiendo del recorrido elegido.

Dos recorridos complementarios, pero que nunca pueden mezclarse, como su colocación en los vértices bajo y alto del rombo

¹⁸⁷ Para una posible jerarquía remedial en la venta de bienes de consumo: *vid.* FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 299 y ss.

¹⁸⁸ Sobre la evaluación de las causas de exoneración entre la pretensión de cumplimiento e indemnizatoria *v. gr.* MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 55 y ss., *ídem* «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria: límites de su ejercicio y naturaleza de las mediadas de ejecución la LEC», en VVAA, *Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores, 2006, pp. 525 y ss.

¹⁸⁹ Así GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁰ Aquí es útil retomar las palabras de aquella doctrina que evidencia cómo el ejercicio de los remedios de saneamiento por vicios ocultos no implica que dichas cualidades sean parte del contenido del deber de prestación del vendedor. En estos términos MORALES MORENO, «Tres modelos...» cit., p. 7.

muestra. En el centro del rombo se sitúa la acción de daños y perjuicios, que incluso podrá ser de naturaleza extracontractual y que acompañará de forma independiente o complementaria a los otros medios de tutela.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGHINA, Giorgio: «Garanzia per i vizi della cosa e azione di esatto adempimento», *GI*, 1964, I, pp. 1131 y ss.
- AGOSTINIS, Barbara: *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato Busnelli, 2012.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, pp. 1133-1228.
- ALGUER MICO, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935, pp. 321-333, pp. 369-384, y pp. 417-434; y 1936, pp. 1-15.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- AMADIO, Giuseppe: «La conformità al contrato tra garanzia e responsabilità», *Contratto e Impresa. Europa*, n. 1, 2001, pp. 2-15.
- AMADIO, Giuseppe: «Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche», *RDC*, n. 6, 2001, pp. 863-909.
- AMORTH, Giorgio: «In tema di tutela del compratore: può chiedersi la sostituzione di una cosa viziata», *GI*, 1965, I, 1, pp. 328 y ss.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *La compravendita in diritto romano*, II, Jovene, Napoli, 1956, p. 365.
- AUBRY, Charles, y RAU, Charles: *Cours de droit français*, 5.^a ed., 1922.
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bologna, 1987.
- BARROS BOURIE, Enrique: «La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos», en VVAA, *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006* (Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto, coordinadores), Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2007, pp. 721-752.
- BECH SERRAT, José María: «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *Indret*, n. 1, 2010, 48 páginas, en http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 777-838.
- MASSIMO BIANCA, Cesare: *La vendita e la Permuta*, Giuffrè, vol. VII, tomo I, en *Trattato di diritto di Diritto Civile Italiano*, F. Vassali (dir.), Utet, Torino, 1972.
- «Artículo 3», en VVAA, *EU Sales Directive Commentary* (Bianca y Grundmann editors), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 149-177.
- «L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma civile», *RDC*, n. 6, 2006, pp. 59-66.
- BOCCHINI, Fernando: *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536. Seconda edizione riveduta ed ampliata con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato Busnelli, 2004.

- BRECCIA, Umberto: *Le Obligazioni*, en Trattato di Dir. Priv. diretto da Iudica y Zatti, Giuffrè, Milano, 1991.
- BUNTE, Herman-Josef: «Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni», traducción al italiano de Patti, *Rivista critica di diritto privato*, 1983, pp. 181-206.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC*, n. 4, 2012, pp. 1783-1794.
- CABELA PISU, Luciana: «Garanzia e responsabilità», en VVAA, *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 757-770.
- CALAIS-ALOY, Jean, y TEMPLE, Henri: *Droit de la consommation*, 8.^a ed., Dalloz, Paris, 2010.
- CALVO, Roberto: «Dalla Nozione mista di vizio all'art. 1519 ter CC», en BIN y LUMINOSO, VVAA, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 135-286.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: «La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni», Cedam, Padova, 2003.
- CAPILLI, Giovanna: «La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di Giustizia», *Contr.*, 2008, n. 7, pp. 734-738.
- CARNELUTTI, Francesco: *Lezioni di Diritto processuale civile*, V-2, Cedam, Padova, 1933.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ*, n. 2131, mayo 2011, pp. 1-17, disponible online a la dirección <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html> (fecha última consulta 12 de marzo de 2015).
- COTTINO, Gastone: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955.
- GIOVANNA CUBEDDU, Maria: «Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta», *RDC*, 1990, II, pp. 167-199.
- DAL MARTELLO, Arturo: «Eccezione di inadempimento», *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, VI, 1960, pp. 354-360.
- DE CRISTOFARO, Giovanni: *Difetti di conformità e diritti del consumatore*, Cedam, Padova, 2000.
- DE FRANCESCHI, Alberto: «La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita (a proposito di C. Giust. CC, 17 aprile 2008, C-404/06)», *RDC*, 2009, n. 5, II, pp. 559-596.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009.
- «Art. 1490», en VVAA, *Código Civil Comentado*, Antonio Cañizares Laso, Pedro Valentín de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), María del Rosario Valpuesta Fernández (coord.), Vol. IV, libro IV, Thomson Reuters, 2011, pp. 218-221.
- «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», *ADC*, 2002, n. 2, pp. 641-658.
- DI MAJO, Adolfo: «Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo», *Europa e Diritto Privato*, n. 1 2001, pp. 1-22.

- «La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania», *Europa e Diritto Privato*, n. 2, 2004, pp. 353-384.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, n. 2, 1964, pp. 348-366.
- «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, n. 2130, abril 2011, pp. 1-10, disponible online a la dirección <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html> (fecha última consulta 12 de marzo de 2015).
- «I problemi della attuazione della direttiva 1999/44/CE nei diritti nazionali», en VVAA, *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno nazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova. 14-15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, pp. 255 y ss.
- DIURNI, Amalia, y KINDLER, Peter: *Il codice civile tedesco modernizzato*, Giapichelli, Torino, 2004.
- DONADIO, Nunzia: *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 1994.
- «Azioni edilizia e interdependenza delle obbligazioni» *La compravendita e l'interdependenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Luigi Garofalo, Cedam, Padova, tomo II, 2007, pp. 455-537.
- FADDA, Rossella: *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice di consumo)*, Jovene, Napoli, 2007.
- FELTKAMP, Régine, y VAN BOSSELLE, Frédéric: «The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, n. 6, 2011, pp. 873-905.
- FENOY PICÓN, Nieves: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1996.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, n. 1, pp. 47-136.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, 2011, n. 4, pp. 1481-1685.
- «Art. 1484-1499», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1618-1636.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, n. 2, 2013, pp. 795-836.
- FERRANTE, Alfredo: *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- FRAGALI, Michele: «Garanzia (diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, tomo XVIII, pp. 446-466.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: «La reciente reforma del BGB a través de la Ley para la Modernización del Derecho de obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002», *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, pp. 203-211.
- GALGANO, Francesco: *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. 2. I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 2004.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Artículos 1445 a 1541*, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIX, 2.^a ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Universidad de Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «La trasposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2003, II, D. 71, pp. 1529-1537.
- «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *ADC*, n. 1, 2013, pp. 323-337.
- «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, n. 1, 2014, pp. 7-27, en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46/27>, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- GARRO, Alejandro M., y PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)», *ADC*, 2008, n. 3, pp. 1389-1471.
- GARRO, Alejandro M., y ZUPPI, Alberto L.: *Compraventa internacional de mercaderías*, 2.^a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- GIORGIANI, Michele: *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, trad. Evelio Verdera y Tuells, (ristampa de *L'obbligazione (la parte generale dell'obbligazione)*; Giuffrè, Milano, 1955), Bosch, Barcelona, 1958.
- «Obbligazione (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, XI, 1965, pp. 580-614.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 29-102.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, n. 3/2007, en <http://www.indret.com/es/?ed=32>, 49 páginas, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Bosch, Barcelona, 1987.
- GORLA, Gino: *La compravendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (diretto da VASSALLI), Utet, Torino, 1937.
- GRECO, Paolo, y COTTINO, Gastone: *Della vendita, art. 1470-1547*, II ed., en *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981.
- GUIDA, Giovanni: *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problema teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: «Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 9, 2007, pp. 95-119.
- HUC, Théophile: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Pichon, Paris, 1903.
- IMPALLOMENI, Giambattista: *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955.

- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 8, 2002, pp. 153-172.
- JANSEN, Sanne: «Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis», en Marco B. M. Loos, Anne L. M. Keirse (ed.), *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Cambridge, U. K.; Portland: Intersentia, Maastricht, 2012, pp. 169-217.
- KNÜTEL, Rolf: «Problemas del derecho de obligaciones moderno considerados a la luz de la experiencia romana» en *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latino americano tipo*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001 pp. 121-152.
- KRÖLL, Stefan: «Art. 39», en VVAA, *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, María del Pilar Perales Viscasillas (ed.), München, Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011. pp. 487 y ss.
- LAITHIER, Yves-Marie: *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (eds.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, combined and revised, The Hague [etc.], Kluwer Law International, 2000 [*Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003].
- LAURENT, François: *Principes de Droit civil français*, tomo XXIV, Paris, 1903.
- LUMINOSO, Angelo: «Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice alla direttiva 1999/44», *RDC*, n. 6, I, 2001, pp. 837-862.
- «Appunti per l'attuazione delle direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita», *Contratto e Impresa Europa*, n. 1, 2001, pp. 83-142.
- «Chiose in chiaroscuro in margine al decreto legislativo n. 24 del 2002», en BIN, M. y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 8-116.
- «La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore», en BIN, M. y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 351-419.
- *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 5.^a ed., 2006.
- «La vendita e i contratti di alienazione», *RDC*, n. 6, 2006, pp. 299-329.
- MAGGIOLO, Marcello: «La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione», *Obligatio-obbligazione, un confronto interdisciplinare* a cura di Luigi Capogrossi Colognesi Maria Floriana Cursi, Jovene, Napoli, 2011, pp. 87-108.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, y GAUTIER, Pierre-Yves: *Les contrats spéciaux*, 2.^a ed. refondue, Defrénois, Paris, 2005.
- MANNA, Lorena: *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipis vendutis*, Giuffrè, Milano, 1994.
- MANTOVANI, Maria Paola: «I vizi redibitori nel contratto di compravendita», *Rassegna di Diritto Civile*, 2009, n. 1, pp. 58-101.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9, 2013, pp. 87-98.

- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Estudio sobre el concepto y los efectos del pre-contrato», *RCDI*, n. 718, 2010, pp. 487-518.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la contravención o cuarta causa del art. 1101)», *RCDI*, n. 517, 1976, pp. 1335-1396.
- MARTORANO, Federico: *Tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli, 1959.
- MAZZALLA, Carola: «L'aliud pro alio», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 287-309.
- MAZZAMUTO, Salvatore: «La nuova direttiva sui diritti del consumatore», *Euro-pa e Diritto Privato*, n. 4, 2011, pp. 861-909.
- *Il contratto di diritto europeo*, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Giappichelli, Torino, 2013.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 585-686.
- «Artículo 39», en VVAA, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de La Convención de Viena* (dirección de Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1997, pp. 335 y ss.
- «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en AAVV, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 261-270.
- *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria: límites de su ejercicio y naturaleza de las medidas de ejecución de la LEC», en VVAA, *Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores, 2006, pp. 525-556.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 5-28.
- LUISA MURILLO, María: *Forma y nulidad del precontrato: con especial referencia a la legislación iberoamericana*, Eunsa, 1993, Colecciones Jurídicas Universidad Navarra, Pamplona, 1993.
- NATOLI, Ugo: *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Giuffrè, Milano, 1967.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial en las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Barcelona, 2004.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge: «Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 n. 2, 2010, pp. 241-269.
- PALADINI, Mauro: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1092.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», *Europa e Diritto Privato* n. 3/2014, pp. 897-925.
- PATTI, Salvatore: «Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici», *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, pp. 85 y ss.

- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Art. 1490», en VVAA, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, coord., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 4.^a ed., 2013, pp. 2006-2007.
- PERSICO, Giovanni: *L'eccezione di adempimento*, Giuffrè, Milano, 1955.
- PIGNARRE, Geneviève: «A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme», *Recueil Dalloz*, 2008, n. 37, pp. 2631-2635.
- PIZARRO WILSON, Carlos: «La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia» en Carlos PIZARRO WILSON, Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 395-405.
- REALMONTE, Francesco: «Eccezione di inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 222-239.
- RESCIGNO, Pietro: *Obbligazioni (Diritto Privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 133-211.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of existing EC contract law (Acquis Principles). Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009.
- RIERA AISA, Luis: «Garantía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, tomo X (preparado por Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix, Barcelona, pp. 533-541.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, 2011, n. 2132, junio, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio: «La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa», *Revista de Derecho Privado del Externo*, n. 17, 2009, pp. 107-140.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- ROTT, Peter P.: «The Quelle case and the potencial of and limitations to interpretation in the light of the relevant Directive», *ERPL*, 2008, n. 6, pp. 1119-1130.
- RUBINO, Domenico: *La compravendita*, 2.^a ed., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da Cicu y Messineo), Giuffrè, Milano, 1971.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: *La opción de compra*, II.^a ed., Dykinson, 2007.
- SAMOY, Ilse; DANG VU, Tãm, y JANSEN, Sanne: «Don't Find Fault, Find a Remedy», *European Review Private Law*, n. 6, 2011, pp. 855-872.
- SCADUTO, Gioacchino: *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. 8, Castiglia, Palermo, 1921.
- SCHWENZER, Ingeborg: «Art. 39», Schwenzler I., Edgardo Muñoz (dir.), SCHLECHTRIEM Peter & SCHWENZER Ingeborg: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 1111-1137.
- SIRENA, Pietro, y ADAR, Yehuda: «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», *RDC*, n. 3, I, 2012, pp. 359-388.

- SONO, Kazuaki: «Artículo 39», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Cesare Massimo Bianca y Joaquim Bonell (editors), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 303-313.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, II (III.-5:101-IV. C.-8.111), edited by Christian Von Bar, Eric Clive, Sellier, Munich, 2009.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, n. 1, 2011, pp. 5-40.
- VIARIO, Silvia: *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Cedam, Padova, 2011.
- *L'arbitratus de restituendo nelle formule del proceso privato romano* Jovene, Napoli, 2012.
- VIVES MONTERO, María Luisa: «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, pp. 1229-1310.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil», en Carlos PIZARRO WILSON, Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 285-297.
- VVAA: *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di Giorgio Cian Cedam, 2004.
- VVAA: *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. VACCA, I y II, Giuffrè, Milano, 1991.
- VVAA: *Common European Sale Law, Commentary*, Reiner Schulze Ed., Baden-Baden: Nomos Publishing; München: Verlag CH Beck, US and Canada, Hart Publishing, 2012.
- VVAA: *The Proposed Common European Sales Law - the Lawyers' View*, Guido Alpa, Giuseppe Conte, Ubaldo Perfetti, Friedrich Graf (ed.), Munich, Sellier, 2012.
- VVAA: *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, coordinador Carlos Pizarro Wilson, Universidad del Rosario, Universidad del Externado, Bogotá, y Fundación Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.
- VVAA: *The Common European Sales Law (in Context Interactions with English and German Law)*, Gerhard Dannermann and Stefan Vogenauer (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta Publishers South Africa, Beck, München, 1992.
- *Derecho Romano, derecho contemporáneo, Derecho Europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (traducción de Rodríguez Olmos), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- ZOLL, Fryderyk: «The remedies for non-performance», en Reiner Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, GmbH, Munich, 2008, pp. 189-205.

XIII. OTROS DOCUMENTOS UTILIZADOS

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Gobierno de España. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, ISBN 978-84-7787-116-3, 133 páginas.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL): *Propuesta de Código mercantil*, Madrid, 2013.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE: *Statement of the European Law Institute on The Proposal for a Regulation on Common European Sales Law*, 18 febrero 2012, en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf.
- Projet de code des obligations et des contracts. Texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928.

XIV. JURISPRUDENCIA CITADA

14.1 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, I.^a, 17.4.2008, (Asunto C-404/06), *DOUE* 17 de abril 2008.
- STJUE, I.^a, 16.6.2011 (Asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09: peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof, Amtsgericht Schorndorf — Alemania) — Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH (C-87/09), *DOUE*, 17.6.2011, C226/2.

14.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 25.2.1933, RJ 1933/1513.
- STS 6.2.1936, RJ 1936/472.
- STS 29.5.1940, RJ 1940/427.
- STS 13.6.1947, RJ 1947/906.
- STS 3.10.1979, RJ 1979/3236.
- STS 18.12.1984, RJ 1984/6133.
- STS 6.2.1985, RJ 1985/536.
- STS 16.2.1985, RJ 1985/558.
- STS 20.12.1985, RJ 1985/6611.
- STS 26.10.1987, RJ 1987/7473.
- STS 25.11.1988, RJ 1988/8713.
- STS 1.3.1991, RJ 1991/1708.

STS 10.3.1993, RJ 1999/1829.
 STS 8.6.1996, RJ 1996/4833.
 STS 24.9.1998, RJ 1998/6402.
 STS n. 23.4.1999, RJ 1999/2591.
 STS 22.7.2004, RJ 2004/4696.

14.3 SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Madrid, sec. 10.^a, n. 45/2008, de 15 de enero, JUR 2008/99782.
 SAP Barcelona sec. 13.^a, n. 692/2007, de 19 de diciembre, JUR 2008/108694.

14.4 SENTENCIAS DE LA CASSAZIONE CIVILE

Cass. Civ., III.^a, 3.12.1970, n. 2544 *MGC*, 1970, 1321.
 Cass. Civ., II.^a, 25.6.1980, n. 3992. *MGC*, 1980, 1728.
 Cass. Civ., sez. un., 27.2.1985, n. 1720. *Giust. civ.*, 1985, I, 1630, *FI*, 1985, I, 1697, *Vita not.*, 1985, 257, *Giur. it.*, 1987, I, 1, 173, *Resp. civ. e prev.* 1985, 615, *Rassegna di diritto civile*, 1986, 752, *ibídem*, 1987, 238, *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 303.
 Cass. Civ., II.^a, 21.1.2000, n. 639. *MGC*, 2000, 102 y en *Contr.*, 2000, 903.
 Cass. Civ., II.^a, 24.5.2005, n. 10922, *MGC*, 2005, 1161.
 Cass. Civ. 17.5.1966, n. 1262, *GI*, 1967, I, 1, 422.
 Cass. Civ., II.^a, 16.6.1980, n. 3813, *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 6.
 Cass. Civ., III.^a, 10.1.1981, n. 247. *MGC*, 1981, 92.
 Cass. Civ., III.^a, 17.9.1981, n. 5155, *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 9.
 Cass. Civ., II.^a, 15.2.1986, n. 914. *MGC*, 1986, 276.
 Cass. Civ., II.^a, 23.12.1991, n. 13869, *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 12, *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, 133, *Vita not.* 1992, 658.