

## EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS: ¿UN CONCEPTO GENERALIZABLE EN EUROPA?

**Francisco de Elizalde Ibarbia**

*Profesor de Derecho civil.  
IE Universidad*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

---

### EXTRACTO

La creciente vinculación por la finalidad contractual constituye uno de los principales rasgos de la modernización del Derecho de contratos. Este aspecto se manifiesta de manera singular en el contrato de compraventa –que sirve como arquetipo–, respecto del cual la legislación europea e internacional ha impulsado el llamado «principio de conformidad», en cuya virtud el vendedor garantiza la utilidad normal o particular de los bienes que transmite (finalidad del comprador). Esta innovación supone un cambio radical en relación con el grado de vinculación tradicional, tanto en los ordenamientos continentales como en el *Common Law*. Una reforma que no parece impuesta por Europa sino que ha sido acompañada por la jurisprudencia y la legislación de los distintos países europeos, si bien muchas veces a través de instituciones distintas, que persiguen resultados equivalentes, circunstancia no determinante desde una óptica funcional, propia del Derecho comparado. Comprender las evoluciones nacionales constituye un punto de partida imprescindible para valorar si resulta conveniente que el principio de conformidad se extienda no solo a todas las compraventas sino, también, a la generalidad de los tipos contractuales, tarea que este trabajo acomete.

**Palabras claves:** principio de conformidad, expectativas, contrato, libertad contractual y utilidad del objeto.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015*

## MAY THE PRINCIPLE OF CONFORMITY IN CONTRACTS BE GENERALIZED IN EUROPE?

Francisco de Elizalde Ibarbia

---

### ABSTRACT

One of the main inroads to the so-called Classic Contract Law has been made by implied terms in law imposing quality and their continental counterpart, the principle of conformity. This issue is particularly noticeable in the sales contract, a result that is achieved not only by means of Statute but, also, by different approaches assumed by case law. The article deals with the current state of the aforementioned institutions that bind the seller (following a realistic and functional methodology) and analyses the possibility of generalizing these tools to all contracts, thus assessing the claim that they should become part of the general theory of contemporary Contract Law. The relationship between freedom of contract and reasonable expectations of the parties is an underlying tension to this matter in respect of which the present work proposes a solution.

**Keywords:** implied terms in law, conformity, expectations, contracts and freedom of contract.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Concepto
  - 2.1. El acuerdo de las partes
  - 2.2. Los criterios de integración legal
3. Implicaciones del principio de conformidad en la obligación y en el objeto del contrato para el Derecho continental
  - 3.1. Concepto y alcance de la obligación
  - 3.2. El concepto de objeto y su presencia como elemento del contrato
4. El principio de conformidad en el Derecho vigente
  - 4.1. Previo: El riesgo en el contenido y en los remedios
  - 4.2. La CISG
  - 4.3. La Directiva 1999/44/CE
  - 4.4. El Derecho alemán
  - 4.5. El Derecho inglés
  - 4.6. Los Derechos español, francés e italiano
5. La posibilidad de generalizar el principio de conformidad. Consideraciones críticas
  - 5.1. La generalización objetiva del principio de conformidad
  - 5.2. La generalización subjetiva del principio de conformidad
6. Conclusiones

### Bibliografía

**NOTA:** Este trabajo se presentó, inédito, al Premio del Centro de Estudios Financieros 2015, habiendo sido estimado de especial interés por el Jurado. Con posterioridad, ha servido de base al capítulo cuarto del libro de F. ELIZALDE IBARBIA, *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015. El autor desea hacer constar el agradecimiento hacia los profesores José Antonio DORAL y Verónica SAN JULIÁN por sus valiosos comentarios, eximiéndoles de responsabilidad, como es de rigor, por cualquier fallo que el mismo pudiera contener.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de contratos en Europa se encuentra, desde finales del siglo pasado, en constante ebullición. Las estructuras dogmáticas decimonónicas que hasta entonces le habían servido de sustento comenzaron a resquebrajarse ante una realidad económica y social completamente distinta, signada por la globalización. La reacción de los juristas (académicos y prácticos) a estas nuevas circunstancias –prudentemente pausada y gradual– ha generado un proceso de modernización del Derecho de contratos que ha ido creando un marco jurídico novedoso. Esta evolución se constata, con distintos matices, tanto en los sistemas continentales (de raigambre latina o germana) como en el *Common Law* inglés, complementada –y en ocasiones impulsada– por la normativa que emana de la Unión Europea y por los proyectos académicos que esta fomenta, entre los que destacan los *Principles of European Contract Law* (PECL) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Una de las notas salientes del proceso modernizador es la exigencia de que el objeto del contrato sea útil para la finalidad objetiva o subjetiva –no los meros motivos internos– de las partes, vinculándolas, especialmente en materia de compraventa. Es lo que se conoce como el «principio de conformidad» con el contrato.

Se puede comprobar con facilidad que la satisfacción del interés contractual depende de la habilidad del objeto para el uso previsto, en el que inciden de modo directo las cualidades de la cosa o servicio que determinan su utilidad. Al respecto, sostiene HONNOLD, con razón, que: «[I]os objetos se compran para utilizarlos: las materias primas se compran para elaborarlas; la maquinaria, para utilizarla en la producción; los géneros para revenderlos»<sup>1</sup>.

Sin embargo, en la tradición europea, la utilidad del objeto no ha formado parte del contenido vinculante en la compraventa de una cosa específica –contrato sobre el que incide, en primer lugar, el principio de conformidad–. En el Derecho clásico (decimonónico) continental, el deudor cumple entregando la cosa en el estado en que se hallaba al momento de transmisión del riesgo: al tiempo de perfeccionarse el contrato (predominante en los sistemas latinos: art. 1.641 del Código Civil francés; art. 1.484 del Código Civil español) o de la entrega de la cosa (sistema alemán, previo a la reforma del año 2001: § 459.I y § 446 BGB)<sup>2</sup>, sin garantizar su utilidad. La

<sup>1</sup> HONNOLD, J. O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, trads. Sánchez Calero, F. y Olivencia Ruiz, M., Madrid: EDERSA, 1987, pág. 225.

<sup>2</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, págs. 13-15.

inhabilidad del objeto concede el saneamiento de las acciones edilicias pero estas no son remedios derivados del incumplimiento contractual. La falta de vinculación por la utilidad se comprueba por el hecho de que el perjudicado solo puede exigir la rescisión del contrato (*actio redhibitoria*) o la reducción del precio (*actio quanti minoris*)—ambas sujetas a un breve plazo de caducidad—, pero el sistema le priva de los remedios del cumplimiento en especie y de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (excepto que el vendedor hubiera conocido el defecto pero, en este caso, ya no se trata de una vinculación objetiva o implícita, sino una responsabilidad derivada del dolo)<sup>3</sup>. De este modo, la utilidad del objeto actúa como presuposición del contrato—realidad tenida en mira por las partes al contratar— pero no vincula. En el *Common Law* clásico, la ausencia de vinculación por la utilidad es más patente ya que, en defecto de pacto expreso, el comprador carece de remedio alguno: es el principio *caveat emptor*—actualmente muy matizado, en materia de compraventa, por la *Sale of Goods Act 1979* (SGA 1979)—.

En el año 1999, la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en su considerando séptimo, presentó al principio de conformidad, por el cual se obliga al vendedor a entregar un objeto útil para la finalidad contractual, «como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales de Europa», una afirmación sorprendente teniendo en cuenta lo expuesto<sup>4</sup>. Unos años antes, en un concienzudo estudio sobre la materia, el profesor ZAMIR había constatado, precisamente, lo contrario<sup>5</sup>. Hechos relevantes han tenido lugar desde entonces, entre los que cabe destacar la reforma del BGB alemán y la consolidación, en otros países de la Europa continental, de una jurisprudencia que impone, en determinados supuestos, la vinculación por la utilidad del objeto, lo que supone una erosión parcial de las reglas clásicas.

Este trabajo se propone determinar la extensión del principio de conformidad en el Derecho vigente de los principales sistemas jurídicos europeos y analizar la posibilidad de generalizarlo, como estándar vinculante de cualquier contrato (sin restringirlo a determinados tipos de compraventa), una opción que, en la interpretación de un sector doctrinal, emerge de los proyectos europeos de unificación del Derecho de contratos. La cuestión reviste una indudable importancia jurídica y económica ya que determina la asignación de los riesgos derivados de una cosa o servicio defectuosos.

<sup>3</sup> Artículos 1.641-1.649 del Código civil francés; artículos 1.484-1.490 del Código civil español; artículos 1.490-1.497 del Código civil italiano; § 462 BGB (hasta 2002).

<sup>4</sup> Señala MORALES MORENO, A. M.: «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson Civitas, pág. 97, que esta afirmación no es del todo acertada, por la vigencia en muchos países de la Unión Europea, del saneamiento como sistema especial de responsabilidad por los defectos de las cosas vendidas. Sin embargo, subraya que la presencia del principio de conformidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos puede predicarse de la ratificación de la CISG, de la cual proviene la exigencia de conformidad. Agrego que el Reino Unido no es parte de la CISG pero, no obstante, el nivel de exigencia es similar, derivado de la S. 14 SGA 1979.

<sup>5</sup> ZAMIR, E.: «Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts», 1991, *Louisiana Law Review*, núm. 52, pág. 5.

## 2. CONCEPTO

La expresión «principio de conformidad»<sup>6</sup> refiere a la exigencia normativa por la cual se obliga a la parte que debe entregar una cosa a que la misma se corresponda (sea «conforme») con el contrato<sup>7</sup>. En aplicación de este principio, la entrega de un bien que se desvíe del objeto programado por las partes en el contrato<sup>8</sup> o, subsidiariamente, definido por criterios legales de integración, constituye un incumplimiento contractual<sup>9</sup>.

Es un concepto que se acuña en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980 (en adelante, CISG, según sus siglas en inglés, con las que comúnmente se la identifica), que introduce una forma de vinculación, respecto de las cualidades de la cosa<sup>10</sup>, superadora de las diferencias que existen entre los sistemas continentales (de raigambre francesa o germana) y los ordenamientos entroncados en el *Common Law*<sup>11</sup>. La Unión Europea recoge el concepto de conformidad de la CISG y lo aplica, exclusivamente, a las compraventas de consumo, por medio de la citada Directiva 1999/44/CE<sup>12</sup>.

La exigencia de entregar un bien que sea conforme con el contrato se ha referido, tanto en la CISG como en la Directiva 1999/44/CE, a la habilidad del bien para cumplir con la finalidad

<sup>6</sup> Lo denomina así la citada Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en sus Considerandos (7) y (8).

<sup>7</sup> Cfr. VERDA Y BEAMONTE, DE J. R.: «La no conformidad en la Convención de Viena», en Gaitán Martínez, J. A. y Mantilla Espinosa, F. (dirs.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, pág. 317.

<sup>8</sup> Cfr. SAN JULIÁN PUIG, V.: *El objeto del contrato*, Pamplona: Aranzadi, pág. 89.

<sup>9</sup> En este sentido, afirma FENOY PICÓN, N.: *El sistema de protección del comprador*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 23: «(...) el vendedor incumple el contrato si el objeto que materialmente entrega (*el objeto real*) no se ajusta al objeto diseñado en el contrato (*el objeto ideal*). A ese incumplimiento se lo denomina *falta de conformidad o no conformidad del bien entregado* (...)».

<sup>10</sup> Al respecto, el artículo 35.1 de la CISG establece: «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato». Para esta traducción, utilizo la versión castellana de la CISG, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (visitada el 27 de noviembre de 2014).

<sup>11</sup> Cfr. MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 35», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, pág. 289; y FENOY PICÓN, N.: *El sistema...*, op. cit., pág. 40. Aunque la solución que se adopta es ciertamente cercana a la del *Common Law*. Vid., por ejemplo, la regulación de la S. 14 SGA 1979 respecto de las ventas realizadas por un profesional. Compara el artículo 35 de la CISG con el artículo 14 SGA 1979, BRIDGE, M.: «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en Šarčević, P. y Volken, P. (ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, La Haya: Kluwer, 2001, págs. 147-149.

<sup>12</sup> La ya referida Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, cuyo artículo 2.1 establece: «El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa».

contractual. La utilidad del objeto se incorpora al contenido del contrato, pudiendo el comprador reclamarla del vendedor. Por lo tanto, el concepto de conformidad que asumen ambos textos legales tiene un sentido bien definido, que no ha de confundirse con la exigencia de que el cumplimiento del contrato se ajuste a las obligaciones programadas por las partes, concepto más amplio de conformidad que adopta, por ejemplo, la S. 2-106(2) del *Uniform Commercial Code*.

En ambas normas –CISG y la Directiva– corresponde a las partes determinar, en el contrato, la utilidad exigible<sup>13</sup>. En su defecto, se contemplan criterios legales de integración del contrato que obligan al vendedor a entregar una cosa apta para su uso ordinario o que sirva para la utilidad subjetiva o especial del comprador, con relevancia contractual –es decir, no los meros motivos internos–<sup>14</sup>. Me ocupo de ellos a continuación.

## 2.1. EL ACUERDO DE LAS PARTES

La facultad de determinar la utilidad exigible del bien corresponde, en la CISG y en la Directiva 1999/44/CE, a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La CISG es, en este aspecto, más clara que la Directiva, al referir la exigencia de que las mercaderías sean conformes con el contrato –en cantidad, calidad y tipo; envasadas o embaladas en la forma establecida contractualmente, *ex art. 35.1 CISG*–<sup>15</sup> al acuerdo de las partes.

El artículo 35.2 de la CISG establece unos criterios legales de determinación de la conformidad del objeto, pero supedita su aplicación a la ausencia de pacto [«Salvo que las partes hayan pactado otra cosa (...)»]. Por consiguiente, «la evaluación primaria es (...) cuáles características de las mercaderías han sido establecidas en el contrato»<sup>16</sup>, sea de modo explícito o implícito, interpretando el contrato según los criterios de la propia CISG (art. 8)<sup>17</sup>.

La Directiva 1999/44/CE omite en su articulado una referencia expresa a la facultad que tienen las partes de convenir las cualidades de la cosa. Sin embargo, esa facultad se deduce del artículo 2.2, que si bien regula los parámetros de determinación de esas cualidades, los contempla,

<sup>13</sup> Artículo 31.1 de la CISG y artículo 2.1 de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>14</sup> Artículo 35.2 de la CISG y artículo 2.2 de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de conformidad en la CISG y sus diferencias con la Directiva 1999/44/CE, *vid. MORALES MORENO, A. M.*: «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en *La modernización...*, *op. cit.*, págs. 168-170.

<sup>16</sup> SCHWENZER, I.: «Comentario al artículo 35», en Schwenzler, I. y Muñoz, E. (dirs.), *Schlechtriem & Schwenzler: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pág. 1.041.

<sup>17</sup> SCHWENZER, I.: «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, pág. 1.041.

no como una imposición, sino como una presunción *iuris tantum* [«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: (...)»].

De la exposición de motivos se desprende que la Directiva no pretende limitar la libertad contractual, en lo que respecta al establecimiento de las cualidades exigibles de la cosa<sup>18</sup>, por lo que los criterios de integración legal resultarán de aplicación en defecto de pacto<sup>19</sup>. Pese a que las normas de la Directiva son de Derecho imperativo (art. 7), no restringen la autonomía de la voluntad en este aspecto<sup>20</sup>. En consecuencia, el acuerdo sobre las cualidades del objeto debe primar, siempre que se trate de cláusulas negociadas concreta o específicamente<sup>21</sup>.

## 2.2. LOS CRITERIOS DE INTEGRACIÓN LEGAL

En defecto de pacto respecto de las cualidades del objeto vendido, la CISG y la Directiva 1999/44/CE establecen unos criterios de integración legal del contrato.

Dichos criterios no son idénticos, aunque coinciden en algunos aspectos, principalmente en reconocer que las cosas deben ser aptas para los usos a los que habitualmente se destinan<sup>22</sup> o para el uso especial indicado por el comprador (con relevancia contractual)<sup>23</sup>. Así, ambas normas in-

<sup>18</sup> Directiva 1999/44/CE, exposición de motivos (8).

<sup>19</sup> Directiva 1999/44/CE, exposición de motivos (7) y (8).

<sup>20</sup> MORALES MORENO, A. M.: «La conformidad...», *op. cit.*, págs. 174-175.

<sup>21</sup> El considerando (7) de la Directiva 1999/44/CE se refiere al acuerdo de partes como «cláusula contractual específica» y el considerando (8) como «cláusulas contractuales concretas», de lo que se deduce que las cláusulas no negociadas no vinculan al consumidor. Son habituales en el tráfico las condiciones generales de contratación; por ello, se comprende la referencia que hace la exposición de motivos de la Directiva a la necesidad de que exista un pacto específico o concreto respecto de las cualidades de la cosa, para que resulte admisible. *Vid.* MORALES MORENO, «La conformidad...», *op. cit.*, págs. 175-176, quien llega a esta conclusión tras interpretar la exposición de motivos. Advierte el autor que se trata de una cuestión delicada ya que por medio de la autonomía de la voluntad, el vendedor podría «rebajar el nivel de calidad del objeto».

<sup>22</sup> Artículo 35.2 a) de la CISG y artículo 2.2 c) Directiva 1999/44/CE.

<sup>23</sup> Artículo 35.2 b) de la CISG y artículo 2.2 b) Directiva 1999/44/CE. *Vid.*, al respecto, MARCO MOLINA, J.: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas, E. (coords.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, págs. 172-177, así como su trabajo previo, «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones», en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson Madrid: Civitas, 2003, págs. 2.436-2.441, en donde destaca que la Directiva no establece un orden jerárquico entre la utilidad objetiva y la subjetiva, a diferencia de la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2011 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*»), que prioriza la utilidad subjetiva.

cluyen la utilidad objetiva y la utilidad subjetiva en el concepto de conformidad y, en consecuencia, las incorporan al contenido del contrato. De esta manera, la finalidad contractual –expresada en la utilidad que reporta el objeto– alcanza fuerza vinculante.

También comparten la CISG y la Directiva 1999/44/CE, como criterio de integración legal del contrato respecto de las cualidades de la cosa, que el objeto entregado debe ajustarse a la muestra o modelo presentados por el vendedor<sup>24</sup>.

Difieren en que la CISG exige, como requisito para la conformidad, que las mercaderías se encuentren envasadas o embaladas en la forma habitual<sup>25</sup>, aspecto que la Directiva 1999/44/CE no menciona. Esta, por su parte, incluye en las cualidades del objeto la descripción del vendedor<sup>26</sup> y las declaraciones públicas sobre sus características, hechas por el propio vendedor, el productor (que incluye al fabricante y al importador) o su representante<sup>27</sup>, lo que, a mi entender, responde a una causa de vinculación distinta: la conducta *in contrahendo* de las personas mencionadas. De este modo, el concepto de conformidad de la Directiva comprende no solo la utilidad de la cosa para la finalidad contractual –sea esta objetiva o subjetiva– sino, también, las declaraciones públicas que realiza una de las partes al contratar. En este trabajo nos ceñimos al primero (aspecto objetivo), en el cual se concentran los problemas de generalización del principio de conformidad. En cambio, el aspecto subjetivo se relaciona con cuestiones de interpretación e integración del contrato, cuya fuente de vinculación (basada en la protección de la confianza) no guarda necesariamente relación con el principio de conformidad, por más que una defectuosa técnica legislativa los trate conjuntamente.

Por último, tanto la CISG como la Directiva 1999/44/CE eximen al vendedor de la obligación de entregar un bien conforme si, al tiempo de contratar, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad<sup>28</sup>. Esta excepción introduce la confianza –o más bien, la falta de ella– en la integración del vínculo, adecuando el principio de conformidad a las exigencias de la buena fe<sup>29</sup>, ya que una aplicación automática y absolutamente objetiva del mismo, que no tuviera en cuenta la conducta del comprador, podría dar lugar a abusos.

<sup>24</sup> Artículo 35.2 c) de la CISG y artículo 2.2 a) de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>25</sup> Artículo 35.2 d) de la CISG.

<sup>26</sup> Artículo 2.2 a) de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>27</sup> Artículo 2.2 d) de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>28</sup> Artículo 35.3 de la CISG y artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>29</sup> Así lo entiende MORALES MORENO, A. M.: «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *CCJC*, 1994, págs. 627-628: «La buena fe impone valorar la conducta de los contratantes, antes de atribuir a uno de ellos, sin culpa, el riesgo de que el objeto sea distinto del previsto en el contrato. Lo demuestra el CC, en su tratamiento del saneamiento por vicios ocultos (*cf.* art. 1.484, *in fine*), que nadie duda tiene un supuesto altamente objetivado (art. 1.485); y también lo demuestra la Convención de Viena (*cf.*, *v. gr.*, arts. 35.3, 40 CV)».

### 3. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD EN LA OBLIGACIÓN Y EN EL OBJETO DEL CONTRATO PARA EL DERECHO CONTINENTAL

#### 3.1. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN

La exigencia de entregar un objeto conforme con el contrato supone introducir en los sistemas continentales clásicos una forma distinta de entender la obligación, al menos, las obligaciones de origen contractual, tal como sostiene MORALES MORENO<sup>30</sup>.

En los ordenamientos jurídicos continentales (de raigambre latina o germana), explica LARENZ, el contrato es, «primariamente, una norma de conducta, según la cual tiene que dirigir su actuación el obligado»<sup>31</sup>, es decir, «un vínculo que genera deberes»<sup>32</sup>. El contrato es fuente de obligaciones, que imponen al deudor un deber jurídico de conducta –la prestación–: dar, hacer o no hacer<sup>33</sup>.

La consecuencia, advierte MORALES MORENO, es que «la responsabilidad contractual tiende a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, es decir, de reglas de conducta impuestas a los contratantes, y bajo el presupuesto de la culpabilidad (incumplimiento reprochable al deudor)»<sup>34</sup>.

En el *Common Law*, en cambio, comparan ZWEIGERT y KÖTZ, se entiende que todo contrato contiene una garantía<sup>35</sup>. El deudor no se encuentra obligado a cumplir con deberes de conducta –aunque puede estarlo– sino que garantiza un resultado. Por ello, las cláusulas del contrato pueden consistir, afirma ATIYAH, «en: (i) una declaración sobre una situación de hecho, o (ii) una promesa de que algo (no necesariamente bajo control del promitente) va o no a ocurrir en el futuro, o (iii) una cláusula condicional. Los dos primeros tipos de cláusulas son promesas»<sup>36</sup>.

Entiende el autor que la palabra *undertaking* (garantía, compromiso asumido) expresa mejor el concepto que *promise* (promesa)<sup>37</sup>, insistiendo en que los juristas, a diferencia de los filósofos,

<sup>30</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, págs. 289-292.

<sup>31</sup> LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid: EDERSA, 1958, pág. 85. Ratifica su postura en ediciones posteriores, LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, C. H. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, § 7, III (pág. 91).

<sup>32</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, pág. 290.

<sup>33</sup> *Vid.*, por ejemplo, el artículo 1.101 del Código Civil francés o el artículo 1.088 del Código Civil español.

<sup>34</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, pág. 290.

<sup>35</sup> ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press, 1998, pág. 503.

<sup>36</sup> ATIYAH, P. S.: *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 169. (La traducción es propia). Es MORALES MORENO, A. M. «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, págs. 290 (nota 8), 291 (nota 12) y 292, quien refiere a las opiniones de ZWEIGERT; KÖTZ y ATIYAH, de las que hemos hecho mención –de sus textos originales– en este párrafo.

<sup>37</sup> ATIYAH, P. S.: *An Introduction...*, *op. cit.*, pág. 169. Justifica el autor su inclinación por el compromiso o garantía (*undertaking*) en que, a su juicio, el término «promesa» (*promise*) puede llevar a confusión, por cuanto puede

nunca han tenido dificultad –en el *Common Law*– en sostener que una persona puede garantizar un determinado estado de los hechos –presentes o futuros–, como promesa distinta de la realización de una conducta futura<sup>38</sup> –un deber jurídico–.

Si unimos lo anterior a la reconocida función del contrato, en el *Common Law*, como instrumento de asignación de riesgos entre las partes<sup>39</sup>, se comprende que cualquier desviación del programa contractual sea considerada un incumplimiento (*breach of contract*), con carácter objetivo («*strict liability*»)<sup>40</sup>. Se entiende, también, que mientras los sistemas continentales permiten exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación<sup>41</sup>, en el *Common Law* inglés es un remedio más bien excepcional –fruto de la moderación del *Equity*–, concediendo normalmente como remedio la indemnización de daños y perjuicios.

Comparando lo expuesto con el principio de conformidad, se comprueba que el modo en que este entiende las obligaciones que emanan del vínculo contractual se asemeja al *Common Law* –recordemos que la exigencia de conformidad nace con la CISG, que recoge elementos de las dos grandes tradiciones jurídicas occidentales (continental y anglosajona), aunque su sistema de remedios por incumplimiento difiere y es particular [v. *gr.* concediendo el cumplimiento en especie con carácter general (arts. 46-48 CISG)]–.

El deudor puede garantizar estados de la realidad, que no necesariamente existen al tiempo de contratar, sin que ello suponga un problema de imposibilidad inicial, como sucede, de ordinario, en los ordenamientos continentales<sup>42</sup>. *V. gr.*, en la compraventa de maquinaria para un uso específico (con relevancia contractual), el vendedor garantiza la habilidad de la cosa, en virtud del principio de conformidad, por más que el objeto careciera, al tiempo de contratar, de las cualidades presupuestas.

Por consiguiente, la exigencia de conformidad no se ciñe a un deber jurídico de conducta –dar, hacer o no hacer–, como sucede habitualmente en los Códigos Civiles continentales, sino que incluye estados de la realidad que el deudor garantiza, asumiendo el riesgo de su inexistencia. Lo que deriva en una mayor extensión de su obligación.

La incidencia de lo expuesto sobre el concepto tradicional de obligación, que solo tiene como objeto prestaciones –deberes de conducta–, es directa. Frente a lo cual cabe cuestionarse

---

sugerir un cierto grado de intención (subjética), que no siempre se requiere como fuente de vinculación, en virtud de los métodos objetivos de interpretación que rigen en el Derecho inglés.

<sup>38</sup> ATIYAH, P. S. *An Introduction...*, *op. cit.*, págs. 169-170.

<sup>39</sup> BEATSON, J.: *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pág. 3.

<sup>40</sup> ZWEIGERT, K. Y KÖTZ, H.: *An Introduction...*, *op. cit.*, pág. 503.

<sup>41</sup> DORAL GARCÍA, J. A.: «Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica», *ADC*, 1993, pág. 593.

<sup>42</sup> Artículos 1.272 y 1.460 del CC. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, II, Madrid: EDERSA, 1959, pág. 90.

si es correcto afirmar que el contenido de la prestación se ensancha –incluyendo estados de la realidad– o si, en cambio, corresponde sustituir el concepto de obligación por el de garantía contractual (como en el *Common Law*). La respuesta no es sencilla y encuentro razones válidas en cada una de las alternativas.

Adoptar la primera opción tiene la ventaja de conservar estructuras tradicionales propias de los ordenamientos continentales –beneficiándonos de su desarrollo dogmático–, ajustándolas a las novedades de los tiempos. Bastaría con poner más énfasis en la satisfacción del interés del acreedor –contracara del deber jurídico del deudor, pero sin obviar a este<sup>43</sup>, concibiendo la prestación del deudor como una obligación de resultado<sup>44</sup>. De este modo, en el caso de la compraventa –incluso en la específica–, el vendedor quedaría obligado a entregar una cosa útil para el comprador (con independencia de que exista tal cosa, con esa utilidad, al tiempo de contratar).

La segunda opción supondría una mayor incidencia en la teoría unitaria de las obligaciones, ya que implicaría distinguir entre la responsabilidad que nace del contrato –objetiva, derivada del incumplimiento de la garantía– y la extracontractual –subjética, por la conducta antijurídica culpable<sup>45</sup>. Pero las complejidades de esta dicotomía no constituyen motivo suficiente para descartarla sino que, por el contrario, puede constituir un modo más preciso de abordar la cuestión, como advierte PANTALEÓN PRIETO<sup>46</sup>. Además, contribuye al proceso armonizador europeo, introduciendo conceptos específicos para el contrato –materia principal de la armonización–, operando, adicionalmente, de modo similar al *Common Law*.

A pesar de los argumentos que encuentro para cada una de las opciones, me inclino por la segunda, ya que considero que la idea de «garantía contractual» explica mejor la comprensión actual del contenido del contrato, que incluye no solo deberes de conducta –prestaciones, objeto de la obligación– sino que también permite la vinculación por estados de la realidad, cuestión que se encuentra extramuros del tradicional alcance de las obligaciones.

### 3.2. EL CONCEPTO DE OBJETO Y SU PRESENCIA COMO ELEMENTO DEL CONTRATO

Los Códigos Civiles continentales regulan de diversa manera la obligación de dar una cosa, distinguiendo según se trate de un objeto específico o genérico. Ciñéndonos al contrato de compra-

<sup>43</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008, pág. 647.

<sup>44</sup> Cfr. MORALES MORENO, A. M.: «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en *La modernización...*, *op. cit.*, págs. 195-198.

<sup>45</sup> Artículo 1.382 del Código Civil francés; artículo 1.902 del Código Civil español; § 280.I BGB.

<sup>46</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pág. 1.719: «(...) en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es solo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado».

venta –arquetipo de las obligaciones de dar–, corresponde mencionar (sintéticamente) que, según el criterio tradicional, el vendedor no se encuentra vinculado a entregar un bien que sea útil para el comprador, sin perjuicio de las mencionadas acciones de saneamiento (rescisión del contrato o reducción del precio), en caso de que el objeto carezca de las cualidades presupuestas. En cambio, en la compraventa genérica, el vendedor solo cumple si la cosa ostenta las cualidades del género.

Las diferencias reseñadas responden a la forma en que los Códigos Civiles decimonónicos consideran al objeto contractual. En la compraventa genérica, se asume un concepto ideal del objeto: el vendedor debe entregar la cosa tal como debe ser, según el contrato<sup>47</sup>. En cambio, en la compraventa específica, se parte de un concepto real: el vendedor solo se encuentra obligado a entregar la cosa en el estado en el que se hallaba al tiempo de transmitirse el riesgo<sup>48</sup> –por ello, la falta de correspondencia entre las cualidades presupuestas y las que ostenta el bien entregado no supone un incumplimiento–.

En otras palabras, mientras la compraventa genérica compara el objeto real que el vendedor entrega con el ideal que contempla el contrato, la compraventa específica compara el objeto entregado con el objeto real existente al tiempo de transmitirse el riesgo. Citando un ejemplo de LARENZ, si el anillo que las partes presupusieron de oro no lo es, no habrá incumplimiento, puesto que no se compró «un anillo de oro» sino «un anillo individualmente determinado» que las partes entendieron que era de oro<sup>49</sup>.

El principio de conformidad supera la dicotomía, en cuanto al objeto, entre la compraventa específica y la genérica, asumiendo un concepto ideal del objeto, incluso en las compraventas específicas. El vendedor debe entregar un bien conforme con el contrato<sup>50</sup>, atendiendo a lo pactado o, en su defecto, a los criterios de integración legal que tanto la CISG (art. 35.2) como la Directiva 1999/44/CE (art. 2.2) establecen. Por ello, «el objeto real que el vendedor ha de entregar ha de coincidir con el objeto ideal o contractual»<sup>51</sup>.

El concepto ideal de objeto permite vincular al deudor por las cualidades de la cosa, con independencia de que existieran o no al tiempo de contratar. Se superan, por lo tanto, los problemas de la imposibilidad inicial<sup>52</sup> –ya que el deudor debe entregar la cosa con las cualidades que

<sup>47</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Adaptación...», *op. cit.*, pág. 102.

<sup>48</sup> Artículo 1.641 del Código Civil francés; artículo 1.468.I del Código Civil español; § 459.I y § 446 BGB, con anterioridad a la reforma del año 2001.

<sup>49</sup> LARENZ, K.: *Derecho...*, II, *op. cit.*, pág. 90.

<sup>50</sup> Artículo 35.1 de la CISG y artículo 2.1 de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>51</sup> FENOY PICÓN, N.: *El sistema...*, *op. cit.*, pág. 37.

<sup>52</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Tres modelos...», *op. cit.*, págs. 4-6. En este sentido, el artículo 4:102 PECL establece: «A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates». Reitera esta provisión el artículo II. 7:101 DCFR.

contempla el contrato, siendo irrelevante su inexistencia real– y la dualidad compraventa específica-compraventa genérica.

La progresiva generalización del concepto ideal de objeto –además de razones de integración con ordenamientos jurídicos que prescinden de la noción– puede encontrarse, a mi entender, en la desaparición del objeto como elemento del contrato en los proyectos europeos de unificación del Derecho contractual<sup>53</sup>, abandonando, así, una establecida tradición en los sistemas continentales.

No es que la realidad objetiva haya perdido relevancia: importa como medida del cumplimiento del contrato –en comparación con el objeto ideal–. Pero los problemas relacionados en la tradición del Derecho continental con el objeto se resuelven por medio de otras figuras que controlan la validez y eficacia del consentimiento (que configura el objeto)<sup>54</sup>, lo cual es lógico si el objeto real, según existe al tiempo de contratar, carece de valor en la formación del vínculo contractual.

#### 4. EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD EN EL DERECHO VIGENTE

La expansión del principio de conformidad en Europa –tal como ha sido definido en los apartados anteriores– ha sido impulsada, de modo preponderante, por la CISG –ratificada por la mayoría de los estados del continente, con la notable excepción del Reino Unido– y la Directiva 1999/44/CE –vinculante para todos los miembros de la Unión Europea–. Además, ha sido adoptado de modo expreso y con aparente carácter general –para todas las compraventas– por los Códigos Civiles de Alemania y los Países Bajos<sup>55</sup>. Otros países, como el Reino Unido, Francia,

<sup>53</sup> El artículo 2:101 PECL solo se refiere al consentimiento, estableciendo como condición para el perfeccionamiento del contrato la intención de las partes de quedar vinculadas legalmente y la existencia de un acuerdo suficiente. En los comentarios oficiales del texto, LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Prepared by the Commission on European Contract Law, La Haya: Kluwer, 2000, pág. 141, se indica que los PECL no exigen la causa como requisito del contrato. Ninguna mención se realiza respecto del objeto. Lo mismo sucede en el artículo II. 4:101 DCFR. Al respecto, *vid.* VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, I, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 269-272.

<sup>54</sup> Me estoy refiriendo no solo a los tradicionales vicios del consentimiento sino al requisito de certeza («certainty») de la promesa contractual, que aborda el problema de la determinación del objeto. *Vid.* CARTWRIGHT, J.: *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oregón: Hart, Oxford and Portland, 2007, págs. 110-111. También a la licitud del acuerdo, que recibe un tratamiento separado y que comprende los problemas clásicos relativos a la licitud del objeto (del art. 1.271 CC; *vid.*, al respecto, SAN JULIÁN PUIG, *El objeto...*, *op. cit.*, págs. 67-68). En relación con esto mismo, el artículo 4:101 PECL reserva la regulación de las causas de invalidez derivadas de la ilicitud a los Estados nacionales.

<sup>55</sup> Debido a la gran influencia que ejerce el Derecho alemán en el resto de Europa, ceñiremos nuestro análisis sobre la generalización del principio de conformidad a todas las compraventas a lo dispuesto en el nuevo BGB. El principio de conformidad se incluyó en el Código Civil neerlandés de 1992, con similar ámbito de aplicación (art. 7:17).

España o Italia, han llegado a resultados equivalentes a través de instituciones jurídicas nominalmente distintas, con la misma consecuencia de vincular al vendedor a entregar una cosa útil para el comprador, aun cuando esta conclusión no se manifieste, en todos los ordenamientos mencionados, de forma expresa y, en muchos de ellos, existan dudas respecto de alcance de la vinculación, con la consiguiente afección de la seguridad jurídica.

Desde una perspectiva funcional del Derecho comparado, interesa comprender las razones que subyacen en la incorporación al contrato de compraventa de una garantía por la utilidad del objeto, independientemente del *iter* dogmático que siga cada sistema jurídico. Esto nos permitirá valorar, con mayor precisión, si la garantía abarca, en el Derecho vigente, a la totalidad de los contratos de compraventa y, a partir de ahí, analizar la posible extensión del principio de conformidad a otros contratos.

#### 4.1. PREVIO: EL RIESGO EN EL CONTENIDO Y EN LOS REMEDIOS

Con carácter preliminar, encuentro necesario destacar las maneras según las cuales se asignan los riesgos de la contratación entre las partes –en concreto, la utilidad de la cosa–, centrándome en el rol que les corresponde, en tal función, al contenido del contrato y a los remedios que habilita su incumplimiento.

La razón de que introduzca una referencia a los remedios, en un trabajo que se ocupa del principio de conformidad –concepto que guarda relación con el contenido del contrato– reside en su participación compartida en el nivel de exigencia de la prestación del deudor: el contenido lo establece pero los remedios determinan la protección del acreedor en caso de insatisfacción de su interés. Obviar el funcionamiento de los remedios podría conducirnos a consecuencias erróneas respecto de los criterios de determinación de la regla contractual.

El contenido del contrato es un modo de asignación convencional –susceptible de integración legal, como ocurre con el principio de conformidad– de los riesgos contractuales. En su virtud, las partes se distribuyen esos riesgos, asumiéndolos en la medida establecida en la regla contractual y, en su defecto, según marca la norma.

En mi opinión, si a esa *lex contractus* se asocian unos remedios que funcionan como consecuencia necesaria en caso de incumplimiento, entonces es posible concluir que la asignación de riesgos se realiza, fundamentalmente, en el contenido del contrato (aunque el alcance concreto del riesgo asumido venga determinado por los remedios). Así sucede en el *Common Law* inglés con la indemnización de daños y perjuicios, que se concede por el incumplimiento objetivo de la regla contractual<sup>56</sup>. Ello justifica, entre otros motivos, la relevancia del proceso de determinación de las cláusulas del contrato en los ordenamientos que se entroncan en esa tradición jurídica.

<sup>56</sup> ZWEIGERT, K. Y KÖTZ, H.: *An Introduction...*, *op. cit.*, pág. 503.

En cambio, si el incumplimiento de la *lex contractus* no concede al acreedor, necesariamente y con carácter objetivo, los remedios que protegen la insatisfacción de su interés, sino que se exige la concurrencia de otros requisitos adicionales –como la culpa del deudor–, se comprueba que la asignación de riesgos se lleva a cabo, al menos en parte, a través del funcionamiento de los remedios. Es lo que ha ocurrido, históricamente, en el Derecho continental, ya que el incumplimiento objetivo del contenido contractual era insuficiente para conceder remedios al acreedor, requiriéndose la culpa o dolo del deudor (integrados en el concepto de incumplimiento) para poder exigir el cumplimiento del contrato o bien, la indemnización de los daños.

El principio de conformidad introduce un sistema novedoso de remedios, cuyo presupuesto es el incumplimiento objetivo del contenido del contrato. Sin embargo, no todos los remedios se conceden de modo necesario –por la mera desviación del programa contractual–, de lo que resulta que el riesgo se asigna, además de en el contenido del contrato, en el plano de los remedios.

Cabe advertir que las normas que incorporan la exigencia de conformidad en Europa no responden a un modelo idéntico de remedios, en lo que respecta a su aplicación. Por consiguiente, corresponde estudiarlas en particular para establecer la forma en que se lleva a cabo la asignación de riesgos, en sus diferentes niveles: el contenido del contrato y los remedios, lo que realizamos a continuación. Reitero que solo de un análisis integrado de la garantía de utilidad del objeto (exigida por el principio de conformidad u otra institución jurídica de efectos equivalentes) con los remedios podremos apreciar debidamente el alcance de la garantía.

## 4.2. LA CISG

La CISG incorpora el principio de conformidad en todos los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, es decir, en las compraventas<sup>57</sup> de carácter internacional y que tienen por objeto mercaderías<sup>58</sup>. Se excluyen expresamente las mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico [art. 2 a) CISG], lo que abarca las ventas de consumo (las llamadas ventas «B2C», *Business to Consumers*) y las compras entre particulares para un uso no profesional («C2C», *Consumers to Consumers* o «P2P», *Private to Private*)<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Quedarían incluidos también los contratos de arrendamiento y compra; *leasing* con opción a compra; *renting* con opción a compra. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L.: «Comentario al artículo 1», en *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, págs. 47-48. También el contrato de obra con suministro de materiales por el contratista –que tengan por objeto mercaderías–, *ex artículo* 3.1 del CISG. Al respecto, *vid.* CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario al artículo 3», en *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, págs. 68-70.

<sup>58</sup> Artículo 1 del CISG.

<sup>59</sup> El artículo 2 del CISG también excluye del ámbito de aplicación de la Convención las ventas en subastas (inciso b); judiciales (inciso c), de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (inciso d); de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves (inciso e) y de electricidad (inciso f). La denominación «P2P» se encuentra menos extendida que «C2C».

El modelo de la CISG es altamente exigente para el vendedor ya que le obliga a entregar una cosa útil para el comprador –conforme con el contrato– y, en caso de incumplimiento, concede a este un abanico de remedios.

La justificación de la exigencia de conformidad se encuentra en la intención de favorecer el tráfico internacional<sup>60</sup> y tiene en consideración, en el nivel de vinculación, las partes que intervienen en el contrato así como el objeto vendido. «Son ventas normalmente genéricas, en las que se comercia con objetos fungibles (...). Son, además, ventas de objetos que se ponen en el mercado tras un proceso de fabricación (...). Son, por fin, ventas en las que el vendedor es siempre un empresario<sup>61</sup>, que está en condiciones de repartir ese riesgo a través del precio del producto»<sup>62</sup>.

En consecuencia, en la construcción del contenido del contrato, la CISG tiene en cuenta que el vendedor es normalmente un empresario –habitualmente fabricante de las mercaderías– y que el bien vendido es, de ordinario, una cosa determinada por su pertenencia a un género y, generalmente, nueva. Estos presupuestos deben tenerse presente en la motivación de la asignación de riesgos entre las partes –tanto si se lleva a cabo en la *lex contractus* o a través de los remedios–.

El incumplimiento del contrato se aprecia con carácter objetivo, por la mera constatación de la falta de conformidad (*ex arts. 36.1 y 45.1 CISG*), y habilita *per se*, el remedio de reparación de la cosa defectuosa (art. 46.3 CISG)<sup>63</sup> y el de reducción del precio (art. 50 CISG)<sup>64</sup>. Esto muestra el nivel de riesgos que distribuye la *lex contractus* (aunque, reitero, los remedios determinen el alcance del riesgo asumido).

<sup>60</sup> MORALES MORENO, A. M.: «El derecho a la reparación...», *op. cit.*, pág. 199.

<sup>61</sup> Corresponde matizar que aunque lo habitual es que el vendedor sea un empresario, cabe, según la CISG, que el vendedor sea un particular. El artículo 2 a) CISG excluye del ámbito de aplicación de la Convención las compras para uso personal pero no las ventas realizadas por un particular, si el comprador es profesional. *Vid.*, al respecto, CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario al artículo 2», en *La compraventa internacional...*, *op. cit.*, pág. 62.

<sup>62</sup> MORALES MORENO, A. M.: «El derecho a la reparación...», *op. et loc. ult. cit.*

<sup>63</sup> El artículo 46.3 de la CISG exige, respecto de la subsanación o reparación, que la petición sea razonable y que se realice en un plazo también razonable. El primero de estos presupuestos podría entenderse como un requisito adicional al mero incumplimiento y, por consiguiente, encuadrarse como un riesgo que asigna el propio remedio (y no solo la *lex contractus*). Sin embargo, considero que la razonabilidad de la petición, así como la temporalidad, apuntan a evitar un ejercicio abusivo del derecho, no a condicionar su nacimiento con el incumplimiento objetivo. Por eso lo incluyo dentro de los riesgos asignados por el contenido del contrato.

<sup>64</sup> No obstante, el propio artículo 50 de la CISG establece que la reducción del precio no procede si el vendedor subsana a su costa, sin demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso de los gastos anticipados por el comprador (*ex art. 48.1 CISG*). Ello limita, de alguna manera, la alterнатividad, para el acreedor, de los remedios de la CISG. *Vid.* FENOY PICÓN, N.: «STS de 10 de julio de 2003 STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2005, págs. 541-542.

Pero la distribución del riesgo, en la CISG, no se lleva a cabo exclusivamente a través del contenido contractual, sino, en cierta medida, por medio de los remedios que se conceden al comprador en caso de incumplimiento del vendedor, como sucede con la sustitución y la resolución, que solo proceden si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial (arts. 46.3 y 49.1.1 CISG, respectivamente). Es decir, los remedios exigen, para su procedencia, requisitos adicionales a la infracción del contenido contractual, interviniendo, de esta manera, en la asignación de los riesgos derivados de la contratación.

En un punto intermedio podría ubicarse la indemnización de daños y perjuicios, ya que si bien se concede por el mero incumplimiento del contrato [arts. 45.1 b) y 74 CISG], permite al vendedor exonerarse mediante la prueba de que la falta de cumplimiento responde a una causa ajena a su esfera de control (*ex art. 79.1 CISG*).

### 4.3. LA DIRECTIVA 1999/44/CE

La Directiva 1999/44/CE asume el principio de conformidad de la CISG y lo traslada a las ventas de consumo (B2C)<sup>65</sup>. Al igual que en la CISG, el objeto del contrato recae, normalmente, sobre bienes genéricos nuevos, y la garantía se impone al vendedor por su condición profesional<sup>66</sup>. Ambas circunstancias son relevantes en la exigencia de conformidad, la cual sirve como medio de protección del interés del consumidor<sup>67</sup>.

El contenido del contrato cumple una función primordial en la asignación de riesgos derivados de las ventas de consumo, ya que su incumplimiento objetivo, por una falta de conformidad de la cosa, autoriza al comprador a ejercitar, a su elección, los remedios de reparación y sustitución –con el límite de la buena fe, concretada en la imposibilidad o desproporción de la reparación o sustitución–, los que se conceden con carácter principal (art. 3.3 Directiva 1999/44/CE)<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Artículo 1.1 Directiva 1999/44/CE. Se incluyen en el ámbito objetivo de la Directiva, por mor del artículo 1.4, «los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse», que refiere, en nuestro Derecho, al contrato de obra, como afirma MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 115» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 1.422.

<sup>66</sup> *Cfr.* MORALES MORENO, A. M.: «El derecho a la reparación...», *op. cit.*, pág. 199. Sobre los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la exigencia de conformidad que impone la Directiva 1999/44/CE –conforme se traspuso en España–, *vid.* REYES LÓPEZ, M. J.: «Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo», en Reyes López, M. J. (coord.), *La Ley 23/2003, de garantía de los bienes de consumo: Planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005, págs. 160-164.

<sup>67</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor», en *La Ley 23/2003...*, *op. cit.*, pág. 139, entiende que la exigencia de conformidad en las ventas de consumo ha supuesto un cambio «(...) de tal magnitud que puede hablarse de un nuevo concepto del contrato de compraventa. (...) [que] se concreta en que un vendedor empresario vende a un comprador consumidor un bien de consumo y debe cumplir las expectativas de este (...)». Lo indicado entre corchetes me pertenece.

<sup>68</sup> *Cfr.* MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 119», en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, pág. 1.493.

Pero, al igual que sucede en la CISG –aunque con distinto alcance–, parte de los riesgos se asignan a través de los remedios que habilita el incumplimiento. Así, la reducción del precio y la resolución del contrato solo se conceden como remedios subsidiarios (el sistema de remedios de la Directiva es jerárquico)<sup>69</sup>, para el caso de que el consumidor no pudiera exigir la reparación o sustitución, que estas no pudieran realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, o si el vendedor no hubiera reparado o sustituido en un plazo razonable (art. 3.5 Directiva 1999/44/CE)<sup>70</sup>. Además, se veda la resolución por una falta de conformidad de escasa importancia (art. 3.6 Directiva 1999/44/CE)<sup>71</sup>.

Todos ellos constituyen requisitos adicionales al incumplimiento objetivo del contenido contractual, y establecen el nivel de riesgos que atribuyen los remedios (la indemnización de los daños se rige por las reglas generales del Derecho interno de cada país, *ex art.* 8.1 Directiva 1999/44/CE, por lo que dependerá de lo que establezca cada ordenamiento).

Por consiguiente, el alto grado de exigencia que supone para el vendedor el principio de conformidad, se ve en cierta manera atenuado por el condicionamiento que establece el legislador para el ejercicio de los remedios que concede el incumplimiento, los cuales cumplen una función complementaria a la del propio contrato en la asignación del riesgo.

#### 4.4. EL DERECHO ALEMÁN

La Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2011 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*»), que reformó el BGB<sup>72</sup>, generalizó el modelo de vinculación de la Directiva 1999/44/CE a todos los contratos de compraventa<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 121», en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, pág. 1.523.

<sup>70</sup> Sobre el funcionamiento de los remedios y su jerarquía, *vid.* FENOY PICÓN, N.: *El sistema...*, *op. cit.*, págs. 158-178.

<sup>71</sup> Se ocupa de la falta de conformidad de escasa importancia, en el Derecho español, FENOY PICÓN, N.: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1.124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de los Consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, 2009, págs. 242-273.

<sup>72</sup> Para un comentario integral de la reforma, en español, *vid.* ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E., Barcelona: Bosch, 2008; y ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, págs. 1.133-1.227. Respecto de los cambios habidos en materia de incumplimiento –en el que se encuadra la entrega de una cosa defectuosa– *vid.* EBERS, M.: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, págs. 1.575-1.608. Sobre las modificaciones que afectan a la compraventa, con un interesante enfoque comparativo con el Derecho inglés, *vid.* MARKESINIS, B.; UNBERATH, H. y JOHNSTON, A.: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oregón: Hart, 2006, págs. 494-520. Por último, en relación con los defectos de los bienes con referencia a las ventas de consumo, ARTZ, M.: «La reforma del BGB y los derechos del consumidor en la adquisición de bienes de consumo», en *La Ley 23/2003...*, *op. cit.*, págs. 21-62; y, específicamente, sobre la incorporación de la Directiva 1999/44/CE, LEIBLE, S.: «The Transposition of Directive 1999/44/CE into German National Law», en *La armonización del Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, págs. 125-163.

<sup>73</sup> *Cfr.* ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, *op. cit.*, pág. 109.

El actual § 433 (1) BGB obliga al vendedor a entregar un bien libre de defectos materiales y jurídicos. Se entiende por una cosa libre de defectos materiales aquella que posea las cualidades pactadas o, en caso de que las mismas no se hubieran convenido, las adecuadas para el uso previsto en el contrato (utilidad subjetiva) o el uso ordinario de la cosa (utilidad objetiva), teniendo en consideración, en relación con esto último, las declaraciones del vendedor, del productor o su auxiliar, a menos que el vendedor hubiera desconocido esas declaraciones, que las mismas hubieran sido corregidas al tiempo de contratar o que no hubieran influido en la decisión del comprador de celebrar el contrato –§ 434 BGB–.

En materia de remedios, la reforma alemana sigue el orden jerárquico impuesto por la Directiva 1999/44/CE. El comprador ostenta –ex § 439 BGB– un derecho primario a la acción de cumplimiento<sup>74</sup>, pudiendo exigir la reparación (salvo que el coste de hacerlo resulte desproporcionado)<sup>75</sup> o la sustitución de la cosa (excepto que el objeto sea específico)<sup>76</sup>. Los restantes remedios que consagra el ordenamiento –resolución del contrato, indemnización de daños y perjuicios, reducción del precio y devolución de gastos, según establece el § 437 BGB–, son secundarios, por cuanto, «(...) como regla general, son solo posibles si el adquirente ha fijado previamente un plazo de cumplimiento y este transcurre sin que el vendedor haya cumplido»<sup>77</sup>.

Es más, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios se encuentra condicionada a que el vendedor sea responsable del incumplimiento (§ 280.I BGB), lo que supone un juicio de reproche de la conducta del deudor –culpa o dolo–<sup>78</sup>.

En síntesis, la exigencia de entregar una cosa conforme, que se introduce en el BGB, se matiza, en primer lugar, con el orden jerárquico de los remedios. El riesgo que asigna la *lex contractus* se ciñe al deber de reparar o sustituir el objeto, que el ordenamiento concede por la mera infracción del contenido contractual. El resto de los remedios –secundarios– dependen de la imposibilidad o falta de cumplimiento de los remedios primarios. Adicionalmente, la indemnización de daños y perjuicios se sujeta a la concurrencia de culpa o dolo del vendedor (lo que permitiría alguna matización entre los vendedores profesionales y los que no lo son).

Por lo tanto, si bien el BGB, tras la reforma del año 2001 –que entró en vigor el 1 de enero de 2002–, establece un estándar exigente en las cualidades que debe poseer la cosa vendida –la conformidad–, el nivel de riesgos se gradúa, de modo relevante, con su sistema de remedios.

La pretendida generalización de la conformidad –sin atender a la condición profesional del vendedor– puede ser menos real, en la práctica, de lo que la ley manda.

<sup>74</sup> ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, op. cit., pág. 117.

<sup>75</sup> § 439.III BGB.

<sup>76</sup> ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, op. cit., pág. 112.

<sup>77</sup> ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, op. cit., pág. 117. Así lo ordenan el § 323.I BGB (resolución), el § 441.I BGB en relación con el § 323.I BGB (reducción del precio) y el § 281.I BGB (daños).

<sup>78</sup> ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, op. cit., págs. 53-54.

Piénsese, *v. gr.*, en el caso de un particular que vende su vivienda usada, que se derrumba por problemas estructurales que él desconocía. El comprador podría exigirle únicamente, con carácter primario, la reparación del inmueble (la sustitución estaría vedada por tratarse de un bien específico). Pero, dado que la reparación sería desproporcionada (por su coste y los medios de los que dispone el particular), el vendedor podría oponerse (*ex* § 275.II y § 439.III BGB)<sup>79</sup>. Ello habilitaría los remedios secundarios: la resolución y la reducción de precio (similares a las tradicionales acciones redhibitoria y *quantum minoris* del saneamiento). Y, por último, el comprador no podría reclamar los daños y perjuicios porque el vendedor actuó de buena fe.

En consecuencia, el que compra a un vendedor particular quedaría, en este supuesto, en una posición bastante similar a la que resultaba de aplicar el derogado régimen de los vicios ocultos<sup>80</sup>.

#### 4.5. EL DERECHO INGLÉS

El Derecho inglés no reconoce expresamente el principio de conformidad pero, no obstante, obtiene resultados semejantes mediante la técnica de los *implied terms in law*, garantías implícitas que el ordenamiento jurídico deduce de una determinada categoría de contrato (por eso se los conoce, también, como *standardized implied terms*).

Centrándonos en la compraventa –materia de este apartado– corresponde señalar que la compraventa de mercaderías suscitó, desde antaño, la atención del Derecho inglés, primigeniamente de la jurisprudencia, y luego de la legislación (la *Sale of Goods Act* 1893, sustituida por la vigente *Sale of Goods Act* 1979, en adelante, SGA 1979), introduciendo en el contenido del contrato *implied terms in law* –de distinto alcance– que atañen a la utilidad de los bienes vendidos y que suponen, en este aspecto, una erosión relevante del principio *caveat emptor*<sup>81</sup>.

En la actualidad, dos tipos de cláusulas implícitas abordan la utilidad del objeto: una garantiza que los bienes vendidos sean de una calidad satisfactoria [S. 14 (2) SGA 1979], y la otra, que dichos bienes sean hábiles para una finalidad especial del comprador [S. 14 (3) SGA 1979].

<sup>79</sup> ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán...*, *op. cit.*, págs. 114-115. Es del mismo parecer WESTERMANN, H. P.: «§ 439 [BGB] Nacherfüllung», en Jürgen Sacker, F. y Rixecker, R. (eds.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, 6.ª ed., Múnich, 2012, pág. 205, quien distingue una venta realizada por un profesional con capacidad de reparar el bien de una venta entre particulares. Según este autor, el particular no quedaría obligado a reparar el bien, en cambio, sí el profesional.

<sup>80</sup> Es lo que propone, para las ventas entre particulares, FENOY PICÓN, N.: «STS de 10 de julio de 2003...», *op. cit.*, pág. 545, citando las consecuencias del principio de conformidad a los remedios de resolución y reducción del precio. Coincido con su razonamiento.

<sup>81</sup> Sin duda es en el ámbito de la compraventa de mercaderías donde la erosión del «*caveat emptor*» se siente con más fuerza, hasta el punto de poder afirmarse que, en este contrato, cuando el vendedor es profesional, «(...) no es realista considerar el *caveat emptor* como principio básico sino, más bien, el *caveat venditor*» (traducción propia), como sostienen ATIYAH, P. S.; ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, Harlow: Longman, 2010, pág. 138.

Ambos *implied terms* pertenecen, en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, a la categoría más gravosa de cláusulas, las *conditions*, que permiten resolver el contrato [SS. 13 (1A) y 14 (6) SGA 1979]. Además, no pueden ser excluidos por acuerdo de parte, si se trata de contratos celebrados con consumidores<sup>82</sup>. En los restantes, la exclusión debe ser razonable para que se la repute válida<sup>83</sup>.

La S. 14 (2) SGA 1979<sup>84</sup> incorpora al contenido contractual, como *implied term*, la garantía de que los bienes vendidos sean de calidad satisfactoria, únicamente para el caso de que se trate de un vendedor profesional, aun cuando el objeto transmitido no pertenezca al ramo de comercio en el que ejerce habitualmente<sup>85</sup>.

Se establece que los bienes reúnen una calidad satisfactoria si cumplen con el estándar que una persona razonable entendería como satisfactoria –lo que no deja de ser un razonamiento circular–<sup>86</sup>, considerando su descripción, precio y otras circunstancias relevantes [S. 14 (2A) SGA]<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> S. 6 (2.a) *Unfair Contract Terms Act 1977*.

<sup>83</sup> S. 6 (3) *Unfair Contract Terms Act 1977*. Esta ley [en su Anexo 2, por remisión de su S. 11 (2)] establece unas directrices que deben considerarse para determinar la razonabilidad de una cláusula de exclusión. Entre ellas, destacan: el poder relativo de negociación de las partes, teniendo en cuenta (entre otros factores) la existencia de alternativas a las que hubiera podido acceder el cliente (en este caso, comprador); si el cliente tuvo la posibilidad de adquirir el bien de otro comerciante que no le exigiera suscribir la cláusula de exclusión; si el cliente tuvo la posibilidad de conocer la cláusula de exención de responsabilidad; y, entre otras, si el producto fue fabricado, procesado o adaptado específicamente para el pedido del cliente.

<sup>84</sup> S. 14 (2) SGA 1979 reza: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio, existe una cláusula implícita de que los bienes suministrados en virtud del contrato son de una calidad satisfactoria». (La traducción es propia). La relevancia que tiene, para el comprador, la obtención de la utilidad que espera de la cosa dota de importancia manifiesta a este *implied term*. Según ATIYAH, P. S.; ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, *op. cit.*, pág. 156, la S. 14 (2) SGA 1979 es «el verdadero corazón del Derecho de compraventa».

<sup>85</sup> La *Sale of Goods Act 1893* imponía el *implied term* cuando se compraban bienes por descripción de un vendedor que vendía bienes de esa descripción. Se discutía si incluía a vendedores no profesionales. Lord WILBERFORCE en *Ashington Piggeries Ltd. v Christopher Hill Ltd.* [1972] AC 441, resolvió que la cláusula implícita referida a la calidad de los bienes era exigible únicamente de un vendedor profesional. La *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* introduce la reforma en la antigua ley, en el sentido de la sentencia citada, aspecto que recoge la vigente S. 14 (2) SGA. *Vid.* BRIDGE, M.: *The Sale of Goods*, Nueva York: Oxford University Press, 2009, § 7.34 (págs. 418-419). La innecesidad de que la cosa vendida pertenezca al ramo del comercio que el vendedor ejerce habitualmente se establece en *Stevenson & another v Rogers* [1999] 1 All ER 613. *Vid.* ATIYAH, P. S.; ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, *op. cit.*, pág. 160. La S. 61 SGA 1979 interpreta que el término «*business*», exigencia de la S. 14 (2) SGA 1979, incluye una profesión, sin matizar que la venta deba ser del ramo en el que la profesión se ejerce, por lo que no se restringe a ella.

<sup>86</sup> Como advierten ATIYAH, P. S.; ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, *op. cit.*, págs. 167-168, al referirse a la extensión de la obligación del vendedor respecto de la calidad de los bienes: «(...) depende del test de razonabilidad: si un comprador razonable conociera el estado de los bienes, ¿los aceptaría según el contrato? Los test que dependen demasiado de la razonabilidad tienen a ser en cierto modo circulares en la práctica. ¿Qué puede esperar el comprador, según el contrato? Respuesta: bienes de una calidad satisfactoria (...). ¿Qué es una calidad satisfactoria (...)? Respuesta: bienes hábiles para un uso razonable. ¿Qué es un uso razonable? Respuesta: la clase de uso que un comprador razonable desearía obtener. Y así sucesivamente». (La traducción es propia).

<sup>87</sup> La utilidad que resulta exigible en virtud de la cláusula implícita que establece la S. 14 (2) SGA 1979 no se restringe a la mera funcionalidad del bien, sino que incluye aspectos no funcionales pero que inciden en las expectativas ra-

La calidad de los bienes incluye, por exigencia de esta condición implícita y según el caso: la utilidad para el fin al que normalmente se destinan los bienes de esa clase; su apariencia y terminación; la inexistencia de defectos menores; la seguridad; y la durabilidad de los bienes [S. 14 (2B) SGA 1979]. En los contratos con consumidores, además, es una circunstancia relevante —a los efectos de S. 14 (2A) SGA 1979— las declaraciones (especialmente las publicitarias o de etiquetado) que afecten a las características de los bienes vendidos, formuladas por el vendedor o el fabricante de los bienes [S. 14 (2D) y (2E) SGA 1979]<sup>88</sup>, que también pueden incidir, aunque no necesariamente, en el resto de contratos [S. 14 (2F) SGA 1979].

Por su parte, la S. 14 (3) SGA 1979 impone una cláusula implícita por la cual el vendedor profesional —solo este— garantiza la utilidad de los bienes para un uso específico (distinto del que es habitual en el tráfico), indicado expresa o implícitamente por el comprador<sup>89</sup>.

En ambos supuestos, el legislador ha considerado que un contenido contractual razonable exige que el vendedor profesional garantice la utilidad objetiva o subjetiva de los bienes, marcando una nítida diferencia, en cuanto al alcance de la vinculación, con el resto de contratos de compraventa de mercaderías, en los que no se incluye esta garantía [S. 14 (1) SGA 1979]. El criterio que separa un supuesto del otro es, claramente, la condición profesional del vendedor.

En consecuencia, sin entrar a valorar las consideraciones de política normativa que subyacen en la norma, es posible afirmar que, como resultado de esa ponderación, el legislador inglés ha optado por responsabilizar de modo agravado al vendedor profesional —fabricante o no— de mercaderías, sean estas nuevas o usadas<sup>90</sup>, manteniendo vigente el principio *caveat emptor* en el resto de los contratos de esta modalidad.

En materia de inmuebles, la jurisprudencia deduce un *implied term* en la compraventa de viviendas, cuando el vendedor se obliga a construirla. En este caso, el vendedor-constructor garan-

---

zonables del comprador. *V. gr.* en *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd.* [1987] QB 933, en el que el comprador había adquirido un vehículo de gama alta, que servía para su uso habitual —la conducción y el transporte— pero que, debido a un defecto, era muy ruidoso. La Cámara de Apelaciones afirmó que no era suficiente que el vehículo sirviera para transportar al comprador, sino que debía hacerlo con el adecuado nivel de confort, seguridad e, incluso, de orgullo por la apariencia exterior e interior del automóvil.

<sup>88</sup> Esta exigencia resulta de la transposición al Derecho inglés de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que se llevó a cabo por medio de la *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations* 2002, cuya S. 3 modifica la S. 14 SGA 1979.

<sup>89</sup> S. 14 (3) SGA 1979: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio y el comprador, expresa o implícitamente, hace saber: (a) al vendedor (...) cualquier propósito particular para el cual adquiere los bienes, existe una cláusula implícita por la cual los bienes entregados en ejecución del contrato son razonablemente útiles para ese fin (...).» (La traducción es propia).

<sup>90</sup> *Vid. Business Applicances Specialists Ltd. v Nationwide Credit Corporation Ltd.* [1988] RTR 332. BRIDGE, M.: *The Sale...*, *op. cit.*, § 7.76 (pág. 446).

tiza que el inmueble será razonablemente hábil para vivir en él<sup>91</sup>. El supuesto guarda una relación estrecha con los contratos de construcción y, por ello, nos referiremos al mismo, con más detalle, cuando planteemos, *ut infra*, la posible extensión del principio de conformidad a todos los contratos. Por el momento, interesa dejar apuntado que en este particular tipo de compraventa también se distingue según si el vendedor es o no profesional para vincularlo por la utilidad del objeto.

#### 4.6. LOS DERECHOS ESPAÑOL, FRANCÉS E ITALIANO

En Francia y España el principio de conformidad se ciñe a las ventas de consumo, por mor de la Directiva 1999/44/CE; en Italia, además del anterior, se exige en los arrendamientos de consumo<sup>92</sup>. Sin embargo, incluso desde antes de la transposición de la mencionada Directiva, la jurisprudencia de esos países había reconocido la posibilidad de que el vendedor profesional quede vinculado por la utilidad del objeto, alcanzando resultados equiparables a los del principio de conformidad.

Para ello, se considera que el vendedor profesional que entrega una cosa defectuosa, material (física) o funcionalmente (inútil para el fin previsto), en realidad no entrega el objeto pactado sino algo distinto, incumpliendo el contrato. La consecuencia de este proceder es que no aplican a estos casos el régimen de saneamiento por vicios ocultos (como correspondería si la cosa fuera inútil)<sup>93</sup> sino el general –y más gravoso– del incumplimiento contractual. Si tenemos en cuenta que este depende siempre de una desviación de los términos del contrato, se comprende que el resultado de la jurisprudencia mencionada sea vincular al vendedor profesional por la utilidad del objeto.

En España e Italia a esta jurisprudencia se la conoce como doctrina del *aliud pro alio*. Es una creación de los tribunales que funciona como paraguas y sirve para solventar distintos problemas que no encuentran una solución adecuada o acorde a los tiempos actuales en los respectivos Códigos Civiles. Uno de los principales es, precisamente, los defectos en la cosa vendida.

Según la jurisprudencia española e italiana, la entrega de una cosa defectuosa constituye un *aliud* cuando es inhábil o inútil para su uso habitual o para el uso específico conocido por las partes. Sin embargo, este criterio es resistido por la doctrina de ambos países<sup>94</sup>, con acierto, ya

<sup>91</sup> *Hancock v BW Brazier (Anerley) Ltd.* [1966] 1 WLR 1317, 1332; *Greaves v Baynham Meikle* [1975] 1 WLR 1095, 1098. UFF, J. YMORAN, V., en Beale, H. (gen. ed.), *Chitty on Contracts*, II, Londres: Thomson Reuters Sweet & Maxwell, 2008, § 37-080 (pág. 709).

<sup>92</sup> Artículo 128.1 del Código de Consumo.

<sup>93</sup> En Italia existe una tercera categoría: el artículo 1.497 del Código Civil permite ejercitar las acciones generales del incumplimiento por «defectos de calidad», que no se incluyen en el concepto de vicio oculto. Sin embargo, coinciden con las acciones de saneamiento en la obligación de denunciar el vicio o defecto de calidad (dentro de los ocho días de descubrirse, *ex art.* 1.495.I CC italiano) y en el breve plazo para ejercitar la acción (un año, *ex art.* 1495.III CC italiano).

<sup>94</sup> Para Italia, *vid.*, entre otros, MARTORANO, F.: *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli: Editore Jovene, 1959, págs. 125-126 y TERRANOVA, C. G.: «La garanzia per vizi della cosa venduta», *RTDPC*, 1989, págs. 93-

que no sirve para distinguir un supuesto de vicios ocultos (o defectos de calidad) de un «*aliud pro alio*». En efecto, el régimen de los vicios ocultos (y, en Italia, el correspondiente a los defectos de calidad) aplica el mismo requisito de la inutilidad del objeto para responsabilizar al vendedor que transmite una cosa defectuosa<sup>95</sup> (recuerdo que, en este caso, no se trata de una responsabilidad por incumplimiento contractual). Es evidente, por lo tanto, que el criterio no sirve para discriminar supuestos.

La respuesta, entiendo, se encuentra en el sustrato fáctico de las sentencias, cuyo análisis nos lleva a concluir que la vinculación por la utilidad de la cosa responde a la condición profesional del vendedor. Tras analizar pausadamente la jurisprudencia, se constata que, en la inmensa mayoría de los casos, el vendedor interviene en la fabricación del bien, ya sea de modo directo –fabricante, constructor o productor–<sup>96</sup> o bien, indirecto, como responsable de organizar la elaboración –v. gr. el promotor de viviendas–<sup>97</sup>. En las restantes, y si bien las circunstancias fácticas no siempre se detallan exhaustivamente, el vendedor es un comerciante, y el objeto del contrato, una cosa nueva.

De esta manera, los tribunales españoles e italianos incorporan la utilidad del objeto al contenido del contrato en función de la condición del vendedor, que participa en la elaboración del objeto o es un vendedor profesional, dedicado al comercio de las cosas que vende. En Francia, esta justificación se manifiesta abiertamente<sup>98</sup>.

93. Para España, *vid.* FENOY PICÓN, N.: «STS de 10 de julio de 2003...», *op. cit.*, pág. 535; la misma autora en *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, págs. 205-207; ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada: Comares, 2002, págs. 38-39; VERDA Y BEAMONTE, DE J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, págs. 338-340

95. Artículos 1.490 (*immune da vizi che la rendono inidónea all'uso a cui è destinata*) y 1.497 Código Civil italiano [*qualità (...) essenziali per l'uso a cui è destinata*]; y artículo 1.484 Código Civil español [*«si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen (...) este uso»*].

96. Entre muchas, *vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo español (Sala 1.ª) de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 2798); 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8650); y 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1753). En Italia, *vid.* Cass. 2000/15969; Cass. 1999/7681; Cass. 1998/1391; Cass. 1996/442; Cass. 1994/10703; Cass. 1992/12860; Cass. 1991/6576; Cass. 1990/8450; Cass. 1990/8199. RUSSO, E.: «Consegna di *aliud pro alio* e vizio del dirritto acquistato», *Rivista di Diritto Civile*, 2013, núm. 3, pág. 541.

97. Sentencias del Tribunal Supremo español (Sala 1.ª) de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2997); 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2982); 10 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4226); 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433), 25 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1406) o 22 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10438). En Italia, *vid.* Cass. 2000/15969; Cass. 1999/7681; Cass. 1998/1391; Cass. 1996/442; Cass. 1994/10703; Cass. 1992/12860; Cass. 1991/6576; Cass. 1990/8450; Cass. 1990/8199. *Vid.* algunos ejemplos en RUSSO, E., «Consegna...», *op. et loc. cit.* Sobre habitabilidad de viviendas: Cass. 2000/15969; Cass. 1999/7681; Cass. 1998/1391; Cass. 1996/442; Cass. 1994/10703; Cass. 1992/12860; Cass. 1991/6576; Cass. 1990/8450; Cass. 1990/8199.

98. GHESTIN, J.: *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, LGDJ, París, 1987, págs. 258-263

## 5. LA POSIBILIDAD DE GENERALIZAR EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Hemos constatado que, en el Derecho vigente en Europa, la vinculación por la utilidad del objeto, en materia de compraventa, se ciñe normalmente a los casos en los que el vendedor actúa en el ejercicio de su profesión. Se llega a esta conclusión –no siempre explícita–, desde una perspectiva funcional, teniendo en cuenta no solo el principio de conformidad (Alemania), sino también técnicas similares como los *implied terms in law* (Reino Unido) o la jurisprudencia del *aliud pro alio* (España e Italia), así como aquella que directamente responsabiliza al profesional (Francia).

La armonización del Derecho privado europeo exige pensar si resulta oportuno generalizar el principio de conformidad –patrimonio común desde la Directiva 1999/44/CE y, en algunos casos, incluso antes, con la CISG– a todos los contratos de compraventa (como ordenan los § 433 y 434 BGB, aun cuando su entendimiento sistemático con otras normas del BGB nos llevan a concluir en contra de una generalización absoluta en el Derecho vigente) e, incluso, a otros tipos contractuales, como propone –para algunos contratos– el proyecto más integral de unificación del Derecho contractual europeo: el DCFR.

La universalización de la exigencia de conformidad presenta la innegable ventaja de unificar dogmáticamente el alcance de la prestación debida, contribuyendo a la seguridad jurídica y a la eficiencia económica de los contratos –evitando costes innecesarios de litigación<sup>99</sup>. Sin embargo, esto solo debería llevarse a cabo si existen razones que justifiquen la unificación, lo que analizamos a continuación.

Para ello, trataremos, en primer lugar, la posibilidad de generalizar el principio de conformidad a otros tipos de contratos –distintos de la compraventa–. Mantendremos en este primer escalafón el presupuesto subjetivo mayormente común en el Derecho europeo vigente: el carácter profesional del vendedor.

En segundo lugar, abordaremos la hipótesis de generalizar el ámbito subjetivo de aplicación de la exigencia de conformidad –que vincule a cualquier deudor–, en especial, la conveniencia o no de que alcance a vendedores no profesionales.

### 5.1. LA GENERALIZACIÓN OBJETIVA DEL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD

Una posible vía de generalizar el principio de conformidad sería extender su ámbito de aplicación a todos y cada uno de los tipos contractuales, lo que podría llevarse a cabo convirtiendo

<sup>99</sup> Así lo señala ZAMIR, E.: «Toward a General Concept of Conformity...», *op. cit.*, pág. 38.

«la conformidad en un concepto general del derecho contractual»<sup>100</sup>. De esta forma, la exigencia de conformidad se incorporaría en los restantes contratos, además de la compraventa.

Es usual en el Derecho continental clasificar las obligaciones (contractuales o no) según el objeto de la prestación en: obligaciones de dar, hacer y no hacer. Si analizamos el principio de conformidad, comprobamos que el agravamiento de la vinculación afecta exclusivamente a la obligación de una de las partes: en el caso de la compraventa, al deber del vendedor de entregar una cosa. Por lo tanto, si bien no cabe aplicar la mencionada clasificación de las obligaciones para categorizar contratos (comúnmente bilaterales, con obligaciones distintas para cada una de las partes) con carácter general –menos aún en una realidad tan compleja como la contemporánea–, sí creo que reviste utilidad para nuestro trabajo ya que nos permite agrupar prestaciones semejantes y valorar si procede exigir, respecto de ellas, la conformidad. Es exclusivamente en aras de estos beneficios la razón por la cual recorro a esta clasificación, sabiendo de antemano el asombro que, *a priori*, puede causar entre los habituados al *Common Law*, aun cuando tiene un origen romano.

### 5.1.1. Los contratos que contienen obligaciones de dar<sup>101</sup>

La extensión de la conformidad a los contratos onerosos que originan obligaciones de dar, como el arrendamiento o la permuta, no parece plantear mayores inconvenientes. El deudor puede vincularse a entregar una cosa útil para el acreedor, y de producirse una falta de conformidad, quedar obligado a afrontar los remedios de los que dispone el perjudicado.

Tradicionalmente, los Códigos Civiles continentales tratan los defectos cualitativos en este tipo de contratos –al igual que sucede respecto de la compraventa específica– mediante las acciones que concede el saneamiento por vicios ocultos<sup>102</sup>. Por ello, exigir la conformidad supondría agravar la obligación de la parte que entrega la cosa, integrando la utilidad en la regla contractual. Esa agravación encuentra fundamento en las mismas razones que justifican la conformidad en la compraventa –cambio en las circunstancias socio-económicas e insuficiencia de las acciones edilicias<sup>103</sup>, además de la posibilidad de repercutir la garantía en el precio de multiplicidad de operaciones, tratándose de un profesional–, por lo que, en contratos en los que el obligado a

<sup>100</sup> VAQUER ALOY, A.: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto del Derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pág. 39.

<sup>101</sup> No analizamos la compleja cuestión del objeto. Simplemente dejo de manifiesto la difícil extensión del principio de conformidad a determinados bienes como las acciones y los títulos valor (excluidos, v. gr. de la CISG, ex art. 2).

<sup>102</sup> Artículos 1.707 (permuta) y 1.721 (arrendamiento) del Código Civil francés; artículos 1.541 (permuta) y 1.553 (arrendamiento) del Código Civil español; § 515, en relación con el § 460 del BGB (hasta 2002; permuta) y § 536 y 536a BGB vigente (arrendamiento): en este último caso lo afirmo desde una perspectiva funcional.

<sup>103</sup> ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos...*, op. cit., pág. 27.

entregar fuera un profesional, resultaría plausible<sup>104</sup>. En el Derecho vigente, Italia y Portugal, por ejemplo, han incorporado el principio de conformidad a los arrendamientos de consumo<sup>105</sup>. El DCFR, por su parte, lo recoge para todos los arrendamientos de bienes muebles<sup>106</sup>.

Por la gravedad de algunos remedios, principalmente, la resolución y la indemnización de daños y perjuicios, podría establecerse un sistema jerárquico como el de la Directiva 1999/44/CE, que concediera primacía a las acciones de cumplimiento –reparación y subsanación– y solo subsidiariamente autorizara el remedio resolutorio. Así se distribuirían más proporcionadamente los riesgos del contrato, concediendo un nivel de protección adecuada al acreedor, sin que suponga una exigencia excesiva para el deudor.

Más complicada resulta la extensión de la indemnización de daños y perjuicios, respecto de la cual habría que optar, como presupuesto necesario, entre las altas cotas de la CISG, que solo permiten al deudor exonerarse si prueba que el incumplimiento excede su órbita de control (art. 79.1 CISG) o la más tradicional, en los sistemas continentales, exigencia de culpa<sup>107</sup>. Tal vez esta última sea más adecuada a una generalización del principio de conformidad, especialmente, si comprende bienes respecto de los cuales el deudor no participó en su fabricación. Así se mantiene en el Derecho alemán tras la reforma del BGB y, si se compara con el Derecho inglés, se comprueba que este no deduce un «*implied term law*» en estos casos, posiblemente para evitar el agravamiento de la responsabilidad del sujeto obligado a entregar una cosa (recuérdese al respecto que, en el *Common Law* inglés, la indemnización de los daños se concede con el mero incumplimiento del contrato).

Por el contrario, no encuentro justificado que el principio de conformidad alcance a los contratos gratuitos, además de la inexistencia, como contrato, de las donaciones en Derecho inglés, lo que dificulta la armonización europea respecto de los mismos. Un agravamiento, con carácter objetivo, de la responsabilidad del que entrega algo por una mera liberalidad carece de fundamento jurídico y económico<sup>108</sup> –actualmente los Códigos Civiles no reconocen acción excepto en

<sup>104</sup> Los artículos IV. B. 3:102 y 3:103 DCFR exigen la conformidad en el contrato de arrendamiento, con carácter general, sin realizar un tratamiento diferenciado en el caso de bienes cuyo arrendador no se dedica profesionalmente a esa actividad. El artículo IV. B. 3:104 DCFR introduce, como novedad, la conformidad de los bienes durante el arrendamiento, lo cual tiene cierta lógica por el carácter continuado de la relación contractual. Vid. VAQUER ALOY, «El principio de conformidad...», *op. cit.*, págs. 25-28.

<sup>105</sup> Italia (art. 128.1 del Código de Consumo de 2005) y Portugal (art. 1.2. del Decreto Ley 67/2003). Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: *El arrendamiento de bienes muebles*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, págs. 229-232, quien sugiere, *de lege ferenda*, que el legislador extienda el ámbito de aplicación del principio de conformidad a los arrendamientos de consumo, con quien coincide SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «Nota crítica a "Cámara Lapuente, S., El Arrendamiento de Bienes Muebles"», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, pág. 2.001.

<sup>106</sup> Artículo IV.B. 3:102 DCFR, con la particularidad de que la conformidad no es solo inicial sino que debe mantenerse durante el periodo que dura el arrendamiento (art. IV.B. 3:104 DCFR).

<sup>107</sup> Artículo 1.137 del Código Civil francés; artículo 1.101 del Código Civil español y § 280.1 BGB.

<sup>108</sup> Al respecto, sostiene LLÁCER MATA CÁS, M.<sup>a</sup> R.: «La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento "no conforme": El derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», en Bosch Capdevila, E. (dir.) *Decantado del*

caso de dolo, que desencadena una causa diferente de responsabilidad<sup>109</sup>. Apartándose de este planteamiento, el artículo IV. H. 3:102 DCFR exige la conformidad en las donaciones, aunque es una conformidad distinta –atenuada– de la que se establece para el contrato de compraventa<sup>110</sup>.

### 5.1.2. Los contratos que contienen obligaciones de hacer

Entre los contratos que contienen obligaciones de hacer, una primera distinción salta a la vista en cuanto al alcance de la prestación. En algunos contratos, el deudor debe cumplir con un determinado resultado y asume el riesgo en caso de inejecución –por ejemplo, la obligación de construir una casa–; en otros, solamente se encuentra obligado a actuar con diligencia –por ejemplo, el médico respecto de un paciente enfermo– y, si lo hace, cumple con el contrato, independientemente del resultado. Desde una perspectiva funcional, esta es una distinción transversal al Derecho europeo si bien, como suele suceder, varía la justificación dogmática que los principales sistemas jurídicos ofrecen para el mismo problema<sup>111</sup>.

En el Derecho continental de raigambre latina resulta ineludible referirse a la clásica dicotomía *obligations de résultat* y *obligations de moyens*, nacida en Francia de la mano de DEMOGUE a principios del siglo pasado<sup>112</sup> y, desde entonces, con amplio predicamento en la doctrina y jurisprudencia no solo francesas sino del resto de países europeos (y latinoamericanos) que comparten esta tradición jurídica. En las obligaciones de resultado, el deudor garantiza –valga la reiteración– el «resultado», entendido como alteración física o jurídica de la realidad existente, asumiendo el riesgo de insatisfacción de la finalidad contractual (por ejemplo: los defectos en la construcción de una vivienda). En cambio, en las obligaciones de medios, si bien esa finalidad guía la conducta del deudor, no le vincula, ya que cumple actuando con la diligencia debida<sup>113</sup> (como el médico que, pese a actuar con diligencia, no consigue salvar al paciente). Aun cuando la controversia

---

Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona: Bosch, 2009, pág. 473: «Es preciso argumentar que el adquirente de una cosa mediante un contrato gratuito no puede razonablemente esperar su puesta en conformidad a menos que su contraparte se haya comprometido expresamente (...). Y probablemente el tipo causal (oneroso o gratuito) y su función económica no sean ajenos a la noción de conformidad, aunque se añadan a otros criterios que ahondan en la subjetivización o en la contextualización de los contenidos contractuales».

<sup>109</sup> Por ejemplo, el § 524 BGB o los artículos 638 y 1.340 del Código Civil español.

<sup>110</sup> Vid. VAQUER ALOY, A.: «El principio de conformidad...», *op. cit.*, págs. 32-38.

<sup>111</sup> Vid. LANDO, O.: «Non-performance (Breach) of Contracts», en A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Mak y E. du Perron, *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, págs. 689-690.

<sup>112</sup> DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en général*, V, París: Librairie Arthur Rousseau, 1925, § 1237 (págs. 536-544) y *Traité des obligations en général*, VI, París: Librairie Arthur Rousseau, 1931, § 599 (pág. 644).

<sup>113</sup> MENGONI, L.: «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", I», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1954, I, págs. 188-191. DE ELIZALDE, F.: «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil», *InDret*, 3/2014, págs. 10-12.

respecto de la utilidad del binomio nunca ha cesado<sup>114</sup>, parece experimentar una «*nouvelle jeunesse*» en los proyectos europeos de unificación del Derecho contractual, particularmente en el DCFR (arts. IV. C. 2:105 y 2:106) y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un *Common European Sales Law* (Propuesta CESL, art. 148).

A diferencia de los sistemas jurídicos de raigambre latina, el Derecho alemán no tuvo necesidad de crear una doctrina que distinguiera los dos modos principales de cumplir una obligación de hacer ya que el BGB reguló específicamente, por un lado, lo que denomina contrato de obra («*Werkvertrag*», § 631-651 BGB) y, por otro, el contrato de servicios («*Dienstvertrag*», § 611-630 BGB). El § 631 BGB da una idea bastante clara sobre del contrato de obra y su relación con el «resultado»: «Pueden ser objeto del contrato de obra la producción o modificación de una cosa así como otro resultado (...)». En cambio, el contrato de servicios aplica a cualquier otra prestación en la que no se garantiza un resultado, respecto de la cual la jurisprudencia, en virtud de la cláusula general de buena fe (§ 242 BGB) ha requerido que se cumpla actuando con la diligencia que exija la obligación. Haciendo un paralelismo con el binomio de origen francés, se constata que el nivel de vinculación que emana del contrato de obra alemán se asemeja a las *obligations de résultat* francesas y el contrato germano de servicios, a las *obligations de moyens*.

La dicotomía entre los dos tipos principales de obligaciones de hacer no es ajena al *Common Law* inglés, en el que se distinguen los contratos de obra (*construction contracts*, concepto ceñido a la construcción inmobiliaria) de los contratos de servicios (*service contracts*), con un diferente grado de vinculación para el deudor<sup>115</sup>. En el contrato de obra, el constructor es responsable de la calidad de los materiales –si los provee–<sup>116</sup> y de la utilidad de la obra para un fin particular conocido por ambas partes<sup>117</sup>. La vinculación del constructor se agrava por medio de sendos «*implied terms in law*». Adicionalmente, si se trata de una construcción de una vivienda, el constructor se compromete a que sea habitable<sup>118</sup>. En cambio, en el contrato de servicios, el

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, la polémica en Italia a partir de la sentencia de la *sezione unite civile* de la Suprema Corte di Casazione de 11 de enero de 2008, n.º 577, cuyos detalles, así como el estado de la jurisprudencia, comenta PIRAINO, F.: «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento controvertibile», *Europa e Diritto Privato*, 2008, págs. 95-104. Véase, también, la anterior sentencia del mismo tribunal de 23 de junio de 2005 (Cass. S.U. 15781/2005), comentada por NICOLUSSI, A.: «Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», *Europa e Diritto Privato*, 2006, págs. 797-823.

<sup>115</sup> Admiten la distinción, en el Derecho inglés, ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction...*, *op. cit.*, págs. 504-505. Corresponde precisar que el concepto de «contrato de obra» no es totalmente coincidente en los Derechos alemán e inglés. En el primero es considerablemente más amplio, incluyendo no solo obras inmobiliarias sino también la realización de cualquier prestación de hacer que comprometa a un resultado. En cambio, el Derecho inglés se ciñe a la construcción de inmuebles.

<sup>116</sup> *Rotherham MBC v Frank Haslam Milan & Co. Ltd. and MJ Gleeson (Northern) Ltd.* (1996) 78 BLR 1 CA. También, la S. 14 SGA 1979.

<sup>117</sup> *Greaves v Baynham Meikle* [1975] 1 WLR 1095, 1098.

<sup>118</sup> *Hancock v BW Brazier (Anerley) Ltd.* [1966] 1 WLR 1317, 1332; *Greaves v Baynham Meikle* [1975] 1 WLR 1095, 1098. UFF/MORAN, *Chitty...*, II, *op. cit.*, § 37-080 a 37-083 (págs. 709-710). Refuerza el requisito de habitabilidad, en el caso de viviendas de nueva construcción, la S. 1 (1) *Defective Premises Act* 1972.

prestador queda obligado, como mucho –en defecto de pacto–, a cumplir con la diligencia debida (*reasonable care and skill*)<sup>119</sup>.

De lo expuesto se comprueba que tanto en las obligaciones de resultado (en terminología continental latina), como las que emanan de un contrato de obra (en conceptos alemán e inglés, según sus respectivos alcances), el deudor se vincula a producir y entregar un bien que sea útil para el acreedor. *V. gr.* el constructor debe entregar una vivienda habitable.

Es por ello que la aplicación del principio de conformidad a este tipo de contrato puede realizarse sin mayores inconvenientes. En lo que respecta a la vinculación –no me refiero a su sistema de remedios–, la conformidad supone un grado de exigencia semejante al de una obligación de resultado (sistema latino) o a un contrato de obra (sistemas germano e inglés) ya que obliga a realizar una obra idónea para el uso habitual o el específico previsto por las partes. De hecho, la exigencia de conformidad ha sido expresamente asumida en Alemania, para los contratos de obra, tras la reforma del BGB (§ 633 BGB).

En cambio, encuentro complicaciones en las obligaciones de medios (sistema continental latino) y en los contratos de servicios (sistema continental germano y *Common Law* inglés). Especialmente, si entendemos el principio de conformidad en su integridad, comprendiendo no solo la obligación de realizar la prestación conforme con el contrato, sino incluyendo, a su vez, los criterios legales de integración de la *lex contractus* –del estilo de los arts. 35.2 CISG y 2.2. Directiva 1999/44/CE–, que operan en defecto de pacto<sup>120</sup>.

El motivo de mi apreciación es que los criterios legales de integración que contiene el principio de conformidad obligan, principalmente, a producir y entregar una cosa que sea útil para el comprador. Si trasladamos esa exigencia a las obligaciones de medios o a los contratos de servicios, resultará que el deudor siempre quedaría vinculado a prestar un servicio que satisficiera la utilidad del acreedor. Por ejemplo, el médico debería garantizar la curación del paciente, o el abogado, ganar el pleito<sup>121</sup>. De esta forma, todas las obligaciones de medios se convertirían en obligaciones de resultado, al incluir la utilidad perseguida –la finalidad práctica– en la regla contractual, atribuyendo al deudor un riesgo fáctica y económicamente inasumible. Por este motivo considero que, en cuanto al contenido del contrato, la *summa divisio* entre obligaciones de

<sup>119</sup> S. 13 *Supply of Goods and Services Act* 1982.

<sup>120</sup> Coincido, en esto, con ZAMIR, E.: «Toward a General Concept...», *op. cit.*, pág. 43. Discrepa VAQUER ALOY, A.: «El principio de conformidad...», *op. cit.*, pág. 31, porque asume un concepto distinto de conformidad, reconduciéndolo a la diligencia del prestador del servicio, en vez de a la utilidad esperable por el acreedor, parámetro de referencia de la conformidad en el Derecho vigente (*v. gr.* art. 35 CISG; art. 2 Directiva 1999/44/CE; § 434 y 633 BGB).

<sup>121</sup> Con estos ejemplos no quiero decir que toda obligación del médico o del abogado será de medios. Dependerá del contrato. Según el encargo, podrá consistir en un contrato de servicios (obligación de medios, como en los casos mencionados) o, por el contrario, en un contrato de obra (como reconoce la jurisprudencia de los principales sistemas jurídicos europeos en materia de cirugía estética –en el caso del médico– o si se encarga un informe –en el supuesto del abogado–).

resultado y obligaciones de medios o entre contratos de obra y contratos de servicios se encuentra justificada y corresponde mantenerla. Acierta, por ello, el DCFR cuando acepta la dicotomía<sup>122</sup>.

### 5.1.3. Los contratos que contienen obligaciones de no hacer

Según una interpretación uniforme, las obligaciones de no hacer son obligaciones de resultado y, por este motivo, al igual que sucede con estas (o con las obligaciones de dar), no existe inconveniente en introducir el principio de conformidad, ya que, en cuanto al grado de vinculación, no supone ninguna novedad: el deudor garantiza, de todos modos, la utilidad esperada en el contrato, consistente en una abstención.

## 5.2. LA GENERALIZACIÓN SUBJETIVA DEL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD

En este apartado analizamos la posibilidad de extender la exigencia de conformidad a todos los contratos de compraventa, con independencia de las partes que lo celebren<sup>123</sup>. En caso de que

<sup>122</sup> Artículo IV. C. 2:105 (*Obligation of skill and care*) y artículo IV. C. 2:106 (*Obligation to achieve result*). Esta distinción se formula en el capítulo 2 (*Rules applying to service contracts in general*) y se ratifica en la regulación de contratos que contienen obligaciones de resultado como el contrato de obra (art. IV. C. 3:104) o diseño (art. IV. C. 6:104). Se usa con cierta ambigüedad en el contrato de depósito, ya que incluye obligaciones de medios y obligaciones de resultado (art. IV. C. 5:105). Por último, se recurre a un concepto muy vago de conformidad –como mera correspondencia al contenido contractual, sin referencia alguna a la utilidad exigible– en los contratos de información o asesoramiento (art. IV. C. 7:105) y en el mandato (art. IV. D. 3:101).

<sup>123</sup> En Francia, la denominada «commission Viney» aconsejó la generalización del principio de conformidad a todos los contratos de compraventa, sin distinción de las partes contratantes ni del objeto del contrato (muebles e inmuebles). Esta postura es muy controvertida en la doctrina francesa. *Vid.* CALAIS-AULOY, J.: «Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité», *RTDC*, 2005, págs. 709-712. En España, las opiniones también varían. Un grupo de autores sugiere la universalización del principio de conformidad: VAQUER ALOY, A.: «El principio de conformidad...», *op. cit.*, pág. 39; MARCO MOLINA, J.: «La Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, pág. 179 y, con mayor detalle, ORTI, *Los defectos...*, *op. cit.*, págs. 1-3 y 52-55, quien propone un régimen de conformidad uniforme para todas las compraventas, cuyo objeto sean bienes muebles o inmuebles, y con independencia de las partes que intervengan (entre profesionales, de un profesional a un consumidor o entre particulares), con el único matiz del régimen de denuncia en las compraventas mercantiles. En cambio, otros autores se oponen, a mi juicio, con razón. Respecto de esta última posición doctrinal, véase CASTILLA BAREA, M.: «La unificación de los diversos regímenes de saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿Una cuestión pendiente en materia de compraventa?», en Gómez Laplaza, M.<sup>a</sup> del C. (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Madrid: Dykinson, 2012, págs. 93-94. La autora se refiere a la posibilidad de que un único régimen de saneamiento (en el que incluye la conformidad) sea aplicable a todas las compraventas, con independencia de la condición del vendedor y del carácter de los bienes (lo que sucedería si se generaliza el principio de conformidad), solución que considera «extrema» ya que: «supondría asumir unas premisas que, a mi juicio, son insostenibles o, como mínimo, cuestionables y que son las siguientes: 1.<sup>a</sup> Que cualquier vendedor debe responder en igual medida, con igual sujeción a acciones y plazos de responsabilidad, ya sea un particular que vende esporádicamente una cosa, ya sea un profesional que tiene en la venta de bienes su actividad habitual o, incluso, un productor que pone en el mercado los bienes que fabrica. (...) 2.<sup>a</sup> Que todo tipo de bienes, tanto los muebles, como los inmuebles, merecen también igual tratamiento (...).» En una posición intermedia habría que ubicar a FENOY PICÓN, «STS de 10 de julio de 2003...», *op. cit.*, págs. 541-545, quien se pronuncia a

fuera posible, sería igualmente recomendable –en virtud de la misma *ratio*– su generalización a otros tipos de contratos (distintos de la compraventa), acordados por cualesquiera partes, con las limitaciones expuestas en los epígrafes precedentes respecto de la universalización objetiva del principio de conformidad.

Con carácter preliminar, recordemos que, en el Derecho vigente en Europa –compartido por todos los Estados miembros–, el principio de conformidad se ciñe a las compraventas de consumo (celebradas entre un profesional y un consumidor, a las que aplica la Directiva 1999/44/CE). Adicionalmente, la mayoría de los países de la Unión Europea han ratificado la CISG, por lo que –con la notable excepción del Reino Unido– también rige en Europa el principio de conformidad en materia de compraventa internacional de mercaderías. En ambos tipos de compraventa, el vendedor es un profesional.

Adicionalmente, los principales sistemas jurídicos europeos han ido reconociendo la vinculación del vendedor (en determinados supuestos) por la utilidad de la cosa vendida, si bien –como expusimos– la exigencia suele provenir de instituciones jurídicas distintas del principio de conformidad pero con resultados equivalentes. Así, en el *Common Law* inglés, destacan los *implied terms in law* de la SGA 1979 (S. 14), en cuya virtud el vendedor –profesional– se obliga a entregar mercaderías útiles para el comprador. Los Derechos español e italiano consiguen un efecto similar aplicando la doctrina del *aliud pro alio*, por la cual se responsabiliza al vendedor profesional de bienes muebles e inmuebles (normalmente nuevos), al igual que sucede en el Derecho francés. Por último, en el Derecho alemán, la reforma del año 2001 generalizó el principio de conformidad a todas las compraventas –efectuadas o no por un profesional–, aunque la regla se encuentra muy matizada por el sistema de remedios del BGB, disminuyendo el nivel de riesgos asignados al vendedor cuando no actúa en el ejercicio de su comercio o profesión.

Por consiguiente, la extensión de la conformidad a todas las compraventas afectaría, necesariamente, a las celebradas entre particulares e, incluso, entre un particular vendedor y un profesional, supuestos no contemplados en el Derecho vigente (con las matizaciones ya efectuadas respecto de Alemania).

### 5.2.1. Razones de una negativa

Considero que la universalización del principio de conformidad, a todos los contratos de compraventa, constituye una pretensión excesivamente rigurosa cuando el vendedor no actúa en el ejercicio de su profesión. El nivel de riesgos que la exigencia de conformidad atribuye al ven-

---

favor de una extensión del principio de conformidad a cualquier clase de compraventa aunque, a efectos de los remedios, distingue entre la compraventa mercantil (respecto de la que propone un sistema alternativo de remedios, como en la CISG), la compraventa de consumo (en la cual defiende la jerarquía de remedios de la Directiva 1999/44/CE) y, por último, la compraventa civil (en la que sugiere adoptar el sistema alternativo de remedios de la CISG, aunque matiza respecto de los contratos celebrados entre particulares, para los cuales encuentra, pág. 545, «[l]a solución romana de las acciones edilicias no del todo despreciable», «en cuanto a los remedios del comprador»).

dedor es elevado y se sustenta en razones jurídicas y económicas que no concurren en las ventas que realiza un particular. Por consiguiente, entiendo que no debería comprender estos supuestos.

### 5.2.1.1. Razones jurídicas

Desde un punto de vista jurídico, el diseño del principio de conformidad suele partir de la asunción de que los bienes comercializados son nuevos, lo que justifica la responsabilidad del vendedor-fabricante por los elementos del contrato de obra que incorpora la venta<sup>124</sup>. En la realidad económica que subyace en las normas contractuales decimonónicas (el llamado «Derecho clásico» de los ordenamientos jurídicos nacionales), la fabricación de objetos nuevos se realiza por encargo del adquirente y se regula mediante el contrato de obra, con la consecuencia de vincular al fabricante por la utilidad del objeto. La compraventa, en cambio, consideraba objetos usados y, por este motivo, no se exigía que el vendedor entregara un objeto útil para el comprador (principio *caveat emptor* –*Common Law*– y acciones edilicias –*Civil Law*–). En la economía contemporánea, el papel del fabricante se ha transformado y su rol en el mercado también: es él quien produce y vende los bienes sin previo encargo<sup>125</sup>. Esta circunstancia –su intervención en el proceso de fabricación– justifica un agravamiento de su responsabilidad.

En el caso del vendedor profesional no fabricante, puede influir en el estándar de vinculación agravado las cualidades que implícita –asumiendo las del fabricante– o explícitamente asigna a la cosa, en las que el comprador puede legítimamente confiar.

En las ventas de consumo (B2C), la conformidad responde, adicionalmente, a motivos de política legislativa cuya finalidad es lograr una mayor protección de los consumidores, compensando el desequilibrio del poder de negociación de las partes. Esta circunstancia no es exclusiva de las ventas de consumo, pudiendo acaecer en compraventas entre empresarios de distinto tamaño<sup>126</sup>, por lo que insisto en que lo relevante, en la exigencia de conformidad, es el carácter

<sup>124</sup> MORALES MORENO, A. M.: «El derecho a la reparación...», *op. cit.*, pág. 199.

<sup>125</sup> Sigo en este tema a MORALES MORENO, A. M.: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 671. Incluso cuando existe encargo, la legislación moderna tiende a integrar la prestación en el contrato de compraventa –y no en el de obra–, como ordena el artículo 3.1 de la CISG o el artículo 1.4 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta las garantías de los bienes de consumo. Estudia detalladamente la cuestión PERALES VISCASILLAS, P.: «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad Civil*, núm. 47-48, 2003, págs. 1.199-1.224.

<sup>126</sup> Por eso acierta la S. 14 SGA 1979 al vincular al situar el foco en la condición profesional del vendedor y no en el carácter de consumidor que pudiera ostentar el comprador. Son habituales, entre empresarios con un distinto poder de negociación, la imposición de condiciones generales de la contratación. Las razones de protección responden a este fenómeno y deben tenerse en cuenta por más que ninguna de las partes sea un consumidor. Sobre este tema, véase el interesante trabajo de ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009.

profesional del vendedor. La condición del comprador, como consumidor, puede incidir en la imperatividad de la norma<sup>127</sup> pero no es determinante de su contenido.

Ninguna de las anteriores razones concurre en el particular de buena fe que vende una cosa. No interviene en el proceso de fabricación del objeto, por lo que una recta calificación del contrato no debe incluir elementos del contrato de obra. Tampoco vende en ejercicio de una actividad profesional, por lo que difícilmente pueda responsabilizársele por las atribuciones de cualidades que realice el fabricante, ni presumir que conoce los defectos de la cosa (de por sí complicado para un vendedor profesional, por el estado actual de la técnica).

El vendedor responderá por las atribuciones de cualidades que él mismo realice, pero siempre que susciten una confianza razonable en el comprador o cuando conociera los defectos del objeto<sup>128</sup>. Pero en ambos motivos la responsabilidad no se construye sobre parámetros objetivos –como el principio de conformidad– sino que tiene en consideración la conducta *in contrahendo* del vendedor (las declaraciones realizadas al tiempo de contratar), lo cual constituye una fuente distinta de responsabilidad<sup>129</sup>.

Por último, es evidente que las razones de protección que justifican en determinados casos –ventas de consumo– el principio de conformidad, no concurren en compraventas celebradas entre partes con un poder de negociación similar ni, *a fortiori*, cuando el débil es el vendedor.

### 5.2.1.2. Razones económicas

Desde un enfoque económico, se reconoce a las garantías que derivan de la exigencia de conformidad una triple función: de aseguramiento, de señalización y de incentivo en la reducción del riesgo<sup>130</sup>.

La función de aseguramiento de las garantías supone que el vendedor cubre el riesgo que implica para el comprador la eventualidad de defectos en la cosa vendida<sup>131</sup>. El vendedor es capaz

<sup>127</sup> Cfr. S. 6 UCTA 1977, en relación con la S. 14 SGA 1979.

<sup>128</sup> Artículo 1.645 del Código Civil francés; artículo 1486 del Código Civil español; § 280 BGB.

<sup>129</sup> Si bien es cierto que tanto la Directiva 1999/44/CE (art. 2) como el BGB (§ 434) incluyen la exigencia de que la cosa sea conforme con las declaraciones efectuadas por el vendedor o el productor al tiempo de contratar, no deja de ser una fuente distinta de vinculación a la conformidad objetiva del bien. Ya no interesa la utilidad habitual o específica del bien sino si el comprador confió en el contenido de las declaraciones.

<sup>130</sup> Cfr. PARISI, F.: «The Harmonization of Legal Warranties in European Law: an Economic Analysis», *Law and Economics Working Papers Series*, George Madison University School of Law, 2001, págs. 8-18 (disponible en <http://papers.ssrn.com/abstracts=276993>, visitado el 18 de noviembre de 2014). También se ocupa de este tema, desde la misma óptica del análisis económico del Derecho, GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: Una perspectiva económica», *InDret*, 4, 2001, págs. 3-11.

<sup>131</sup> PARISI, F.: «The Harmonization...», *op. cit.*, págs. 10-12. GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, pág. 4.

de asumir ese riesgo por la posibilidad de repercutir el coste de la garantía en una multiplicidad de operaciones, siempre que actúe en el ejercicio de su profesión<sup>132</sup>. Precisamente, es una de las razones que PEDEN deduce de la jurisprudencia inglesa en la imposición de un *implied term in law*<sup>133</sup> (por el cual se vincula a una de las partes por la utilidad del objeto).

La función de señalización sirve a los vendedores de bienes de alta calidad como instrumento de identificación en un mercado cuyos operadores actúan con asimetrías en la información<sup>134</sup>. Si los compradores no son capaces de distinguir *a priori* entre una cosa de buena o mala calidad, la exigencia de garantías favorece a los vendedores de bienes de alta calidad porque los distingue en el mercado, sin que suponga para ellos un coste elevado por la infrecuencia de defectos, en comparación con los vendedores de bienes de escasa calidad –además de la posibilidad de repercutir el coste en el precio–.

En tercer lugar, la función de incentivo de las garantías tiene en cuenta la conducta de las partes en la reducción del riesgo, que no es meramente exógeno<sup>135</sup>. El vendedor puede intervenir en esa reducción del riesgo, principalmente, si es el fabricante, logrando productos de mejor calidad o, si no lo es, mejorando la selección, con la información que va obteniendo por su experiencia. La motivación que encuentra para invertir en calidad es mantener su reputación en el mercado<sup>136</sup>. Por otra parte, el comprador también puede incidir en la producción del riesgo (v. gr. si es descuidado con la cosa), por lo que el alcance de las garantías (total, parcial, etc.) influirá en su conducta<sup>137</sup>.

Aplicando las tres funciones de las garantías que derivan del principio de conformidad a las compraventas en los que el vendedor es un particular se comprende mi rechazo, desde un punto de vista económico, a extender la exigencia de conformidad a ese tipo de contratos. La obligación, para el vendedor no profesional, de entregar un objeto útil no cumpliría ninguna de las funciones económicas descritas.

Como afirma BRIDGE, la función de seguro sería probablemente inexistente<sup>138</sup>, dada la aversión al riesgo por parte del vendedor. En cuanto a la función de incentivo, señala GÓMEZ POMAR –con quien coincido– que «el incentivo a invertir en calidad y reducción del riesgo sería discutible, debido a que el vendedor no profesional habitualmente tiene poco control sobre la calidad

<sup>132</sup> PARISI, F.: «The Harmonization...», *op. cit.*, pág. 11, nota 7.

<sup>133</sup> PEDEN, E.: «Policy concerns...», *op. cit.*, págs. 471-472.

<sup>134</sup> PARISI, F.: «The Harmonization...», *op. cit.*, págs. 12-15. GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, págs. 5-7.

<sup>135</sup> PARISI, F.: «The Harmonization...», *op. cit.*, págs. 15-16.

<sup>136</sup> GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>137</sup> PARISI, F.: «The Harmonization...», *op. cit.*, págs. 16-17. GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, pág. 11 se refiere al diseño óptimo de una garantía.

<sup>138</sup> BRIDGE, M.: *The Sale...*, *op. cit.*, § 7.92 (pág. 454).

del bien (no lo ha producido, ni es su profesión u oficio saber de ello) y a la naturaleza aislada de la transacción»<sup>139</sup>. En cuanto a la señalización, nuevamente el carácter aislado de la operación y la condición no profesional del vendedor privarían de sentido a una imposición legal de garantías —que no mira al caso concreto—, sin perjuicio de que las partes pudieran pactarlas, como mecanismo voluntario de asunción del riesgo.

## 5.2.2. La generalización del principio de conformidad en las principales propuestas de unificación del Derecho contractual europeo

A pesar de que, a nuestro criterio, existen sólidas razones jurídicas y económicas para no extender la exigencia de conformidad a contratos en los que el vendedor no actúa en el ejercicio de su profesión, esta no ha sido la senda seguida por las principales propuestas europeas de unificación del Derecho contractual, que aplican el principio de conformidad a todos los contratos de compraventa (sin distinción en cuanto a las partes) y a otros tipos contractuales.

Pero, tal como mencioné al analizar los ordenamientos jurídicos nacionales, una comprensión correcta de las propuestas no puede ceñirse al contenido del contrato, en el cual se incluye la exigencia de conformidad, sino que debe abarcar el estudio de los remedios que concede la falta de conformidad (el incumplimiento), por su ya mencionada intervención en el reparto de riesgos que organiza el contrato<sup>140</sup>. Porque puede suceder que se agrave el nivel de vinculación con carácter general, relajando simultáneamente los remedios por incumplimiento en determinados casos (v. gr. ventas entre particulares), con lo cual la asignación exacta de los riesgos se llevaría a cabo mediante el mecanismo selectivo de remedios. Este modo de funcionar se aprecia, como hemos señalado, en el BGB reformado y, veremos *ut infra*, también se constata en los proyectos europeos de unificación del Derecho contractual.

Se alcanzarían, así, resultados similares a los que se llega mediante un agravamiento del contenido contractual debido exclusivamente al carácter profesional del vendedor, supuesto de hecho por el cual se conceden unos remedios distintos (derivados del incumplimiento) de aquellos que habilita una venta entre particulares (a las que aplica el principio «*caveat emptor*» en el *Common Law* y las acciones de saneamiento en el *Civil Law*). Esta es la forma de proceder en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos pero no la de los proyectos de unificación.

### 5.2.2.1. Los PECL y los PEL S

Los PECL proponen una regulación de la parte general del Derecho contractual, que no contiene nociones específicas del contrato de compraventa. Estas se desarrollan en los *Principles of*

<sup>139</sup> GÓMEZ POMAR, F.: «Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, págs. 12-13. Lo indicado entre corchetes me pertenece.

<sup>140</sup> *Vid. supra*, 4.1.

*European Law on Sales* (PEL S)<sup>141</sup>, que incluyen el principio de conformidad en todas las compraventas, con un sistema jerárquico de remedios (arts. 4:201 y 4:205 PEL S).

No pretendo abarcar el régimen de conformidad de los PEL S –que se asemeja, en gran medida al de la Directiva 1999/44/CE, contemplando entre sus remedios, adicionalmente, la indemnización de daños y perjuicios– sino, simplemente, destacar el modo en que este proyecto tiene en cuenta el carácter no profesional del vendedor.

En la regulación del remedio indemnizatorio, el artículo 4:207 PEL S («Limitación de la responsabilidad de los vendedores no profesionales») establece: «(1) Si el vendedor fuese una persona física que no actúa en el ámbito de su profesión, el comprador no estará legitimado para reclamar daños que excedan del precio del contrato. (2) El vendedor no podrá ampararse en el párrafo (1) si la falta de conformidad tuviere que ver con hechos que el vendedor, en el momento en que el riesgo se transmitió al comprador, conocía o era razonable esperar que conociese y no reveló al comprador antes de ese momento»<sup>142</sup>. Es una regla muy semejante al sistema de los vicios ocultos, de origen romano, tradicional en el Derecho continental<sup>143</sup>.

El comentario oficial de los PEL S justifica la limitación de la responsabilidad del vendedor no profesional –con un máximo del precio del contrato– en que el régimen de conformidad que establecen los PEL S asume una orientación mercantil, que puede resultar demasiado severa para el vendedor<sup>144</sup>. Por ello, la limitación de la responsabilidad del vendedor no profesional intenta protegerlo de reclamaciones excesivamente onerosas<sup>145</sup>.

El referido comentario defiende la rigidez del límite indemnizatorio en la necesidad de que el particular sepa de antemano el riesgo que asume al contratar, descartando otros criterios más

<sup>141</sup> El Study Group on a European Civil Code se fundó en el año 1999 como órgano sucesor de la Commission on European Contract Law, autora de los PECL. Estos contienen reglas generales del Derecho contractual, que los PEL S desarrollan respecto del contrato de compraventa. *Vid.* VON BAR, C.: «Foreword», en Hondius, E.; Heutger, V.; Jeloschek, C.; Sivesand, H. y Wiewiorowska, A., *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. IX. Los PEL S asumen las reglas de los PECL, excepto que se establezca lo contrario (art. 1:201 PEL S).

<sup>142</sup> La traducción al castellano es de B. FERNÁNDEZ GREGORACI, incluida en el comentario oficial de Hondius, E.; Heutger, V.; Jeloschek, C.; Sivesand, H. y Wiewiorowska, A., *Principles of European Law...*, *op. cit.*, pág. 93. El texto original reza: «Article 4:207: Limitation of liability for damages of non-professional sellers. (1) If the seller is a natural person acting for purposes not to any extent related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to claim damages exceeding the contract price. The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time».

<sup>143</sup> FENOY PICÓN, N.: «La entidad del incumplimiento...», *op. cit.*, pág. 209.

<sup>144</sup> HONDIUS, E.; HEUTGER, V.; JELOSCHKE, C.; SIVESAND, H. y WIEWIOROWSKA, A.: *Principles of European Law...*, *op. cit.*, pág. 148.

<sup>145</sup> HONDIUS, E.; HEUTGER, V.; JELOSCHKE, C.; SIVESAND, H. y WIEWIOROWSKA, A.: *Principles of European Law...*, *op. cit.*, pág. 299.

amplios como el coste de la reparación o la previsibilidad de los daños, apartándose *ex profeso* del principio que establece, respecto de esto último, el artículo 9:503 PECL<sup>146</sup>. La excepción al tope indemnizatorio es el tradicional conocimiento del defecto por el vendedor<sup>147</sup>.

En consecuencia, la inclusión del principio de conformidad en el contenido vinculante de todos los contratos de compraventa se matiza en los PEL S, por el riesgo que distribuyen los remedios –jerárquicos– y, especialmente, por la limitación de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios cuando el vendedor es un particular.

#### 5.2.2.2. El DCFR

El DCFR también extiende el principio de conformidad a todos los contratos de compraventa<sup>148</sup> –además de otros contratos como los de construcción, depósito y diseño–<sup>149</sup>, pero a diferencia de los PEL S, no contempla una jerarquía de remedios (art. III. 3:101 DCFR), lo cual supone que la *lex contractus* asigna los riesgos del contrato con una menor intervención de los remedios (que se conceden con carácter objetivo, sujetos a la elección del comprador, aunque en algunos, como la resolución, se exige que el incumplimiento sea esencial –en la compraventa ordinaria– o que no sea menor –en la venta de consumo–, ex arts. III. 3:502 y IV. A. 4:101 DCFR, respectivamente)<sup>150</sup>.

Sin embargo, la gravedad de la vinculación encuentra un matiz relevante en las ventas realizadas por un particular. El artículo IV. A. 4:202 DCFR<sup>151</sup> –copia textual del art. 4:207 PEL S– limita la cuantía de una eventual indemnización por daños y perjuicios, en esos casos, al precio del contrato, siendo una excepción al criterio general de previsibilidad de los daños (art. III.

<sup>146</sup> HONDIUS, E.; HEUTGER, V.; JELOSCHKE, C.; SIVESAND, H. y WIEWIORSKA, A: *Principles of European Law...*, *op. cit.*, págs. 298-299. El artículo 9:503 PECL establece: «La parte que incumple solo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente».

<sup>147</sup> Como, en el Derecho continental vigente resulta del artículo 1.645 del Código Civil francés; artículo 1.486 del Código Civil español y el § 280 BGB.

<sup>148</sup> Artículos IV.A. 2:301 y 2:302 DCFR.

<sup>149</sup> Artículos IV.C. 3:104, IV.C. 5:105 y IV.C. 6:104 DCFR, respectivamente.

<sup>150</sup> *Vid.* FENOY PICÓN, N.: «La entidad del incumplimiento...», *op. cit.*, págs. 211-213.

<sup>151</sup> Artículo IV. A. 4:202 DCFR: *Limitation of liability for damages of non-business sellers*. «(1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price. (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time». *Cfr.* con el texto del artículo 4:207 PEL S.

3:703 DCFR)<sup>152</sup>. La justificación que ofrece el comentario oficial del DCFR es literalmente idéntica a la de los PEL S<sup>153</sup>, por lo que nos remitimos a lo expuesto en el subapartado precedente.

En consecuencia, en lo que respecta a las ventas realizadas por un vendedor no profesional, al igual que sucede en los PEL S, el principio de conformidad del DCFR se encuentra muy matizado por el relevante tope indemnizatorio que se establece. Lo cual demuestra, en ambos casos, las dificultades que conlleva la pretensión de generalizar la exigencia de conformidad a todos los contratos

De lo expuesto se constata el sinsentido jurídico y económico de vincular al deudor no profesional (en una compraventa así como en cualquier otro tipo de contrato) a entregar una cosa o prestar un servicio que satisfaga la finalidad contractual, tal como exige el principio de conformidad.

## 6. CONCLUSIONES

La consecución de la utilidad del objeto como finalidad del contrato guarda una estrecha relación con la justicia contractual. En la concepción decimonónica del contrato, corresponde a la autonomía de la voluntad establecer lo que es justo (*volenti non fit iniuria*), sin referencia alguna a parámetros objetivos. La evolución del Derecho de contratos parece asumir, en Europa, una idea distinta de la justicia contractual.

Se constata desde hace unas décadas en las normas de Derecho objetivo (imperativas y dispositivas) una preocupación creciente por la tutela de las expectativas razonables de las partes, que incluye el reconocimiento jurídico de la finalidad contractual. El Derecho europeo avanza, de esta manera, hacia una concepción más realista del contrato en perjuicio de una visión voluntarista, que lo entiende como un simple instrumento de transformación jurídica. Y, en este marco, se justifica la expansión del principio de conformidad, que vincula a entregar una cosa o realizar una obra que sirva para la utilidad habitual o específica del acreedor.

Sin embargo, es el propio realismo contractual la razón que desaconseja universalizar la exigencia de conformidad, so pena de incurrir en un nuevo dogmatismo. Debido a las razones jurídicas y económicas reseñadas, la vinculación normativa por la finalidad contractual solo tiene cabida en determinados tipos contractuales y únicamente cuando el sujeto obligado a entregar una cosa o realizar una actividad actúa en el ejercicio de su comercio o profesión.

<sup>152</sup> VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, II, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Oxford: Oxford University Press, 2010, pág. 1.346.

<sup>153</sup> VON BAR, C. y CLIVE, E.: *Principles...*, II, *op. cit.*, págs. 1.346-1.347.

## Bibliografía

- ADAMS, J. N. y MACQUEEN, H. [2010]: *Atiyah's Sale of Goods*, 12.ª ed., Harlow (Inglaterra): Longman.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. [2009]: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- [2002]: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1.133-1.227.
- ATIYAH, P. S. [1995]: *An introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press.
- BEATSON, J. [1998]: *Anson's Law of Contract*, 27.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. [1985]: «STS de 6 de marzo de 1985. Compraventa: incumplimiento del vendedor; distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de cumplimiento y acción de saneamiento por vicios», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 8, págs. 2.471-2.478.
- BRIDGE, M. [2009]: *The Sale of Goods*, Nueva York: Oxford University Press.
- [2001]: «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en Šarčević, P. y Volken, P. (ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, La Haya: Kluwer, págs. 115-155.
- CAFFARENA LAPORTA, J. [1998]: «Comentario al art. 2», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, págs. 59- 67.
- [1998]: «Comentario al art. 3», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, págs. 67-71.
- CALAIS-ALOUY, J. [2005]: «Une nouvelle garantie pour l'acheteur. La garantie de conformité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, págs. 701-712.
- CALVO CARAVACA, A. L. [1998]: «Comentario al artículo 1», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, págs. 45-59.
- CÁMARA LAPUENTE, S. [2008]: *El arrendamiento de bienes muebles*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- CARTWRIGHT, J. [2007]: *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oregón: Hart, Oxford and Portland.
- CASTILLA BAREA, M. [2012]: «La unificación de los diversos regímenes de saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa?», en Gómez Laplaza, M.ª del C. (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Madrid: Dykinson, págs. 89-96.
- DEMOGUE, R. [1931]: *Traité des obligations en général*, VI, París: Librairie Arthur Rousseau.
- [1925]: *Traité des obligations en général*, V, París: Librairie Arthur Rousseau.
- DÍEZ-PICAZO, L. [2008]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), Cizur Menor: Thomson Civitas, 6.ª ed.
- EBERS, M. [2003]: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1.575-1.608.

- FENOY PICÓN, N. [2009]: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1.124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 157-280.
- [2006]: *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
  - [2005]: «STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1.124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, págs. 509-555.
- GHESTIN, J. [1987]: *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- GÓMEZ POMAR, F. [2001]: «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: Una perspectiva económica», *InDret*, 4, págs. 1-32.
- HONDIUS, E.; HEUTGER, V.; JELOSCHKE, C.; SIVESAND, H. y WIEWIORSKA, A. [2008]: *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, Oxford: Oxford University Press.
- HONNOLD, J. O. [1987]: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, trads. Sánchez Calero, F. y Olivencia Ruiz, M., Madrid: EDERSA.
- LANDO, O. [2001]: «Salient Features of the Principles of European Contract Law», en P. Šarčević y P. Volken (ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, La Haya: Kluwer, págs. 157-202.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.) [2000]: *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Prepared by the Commission on European Contract Law, La Haya: Kluwer.
- LARENZ, K. [1987]: *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, C.H. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- [1959]: *Derecho de obligaciones*, II, trad. Santos Briz, J., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
  - [1958]: *Derecho de obligaciones*, I, trad. Santos Briz, J., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LEIBLE, S. [2006]: «The Transposition of Directive 1999/44/CE into German National Law», en Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas, E. (coords.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 125-163.
- LLÁCER MATA CÁS, M.<sup>a</sup> R. [2009]: «La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento "no conforme": El derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», en Bosch Capdevila, E. (dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona: Bosch, págs. 461-474.
- MARCO MOLINA, J. [2006]: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas, E. (coords.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Valencia: Tirant, págs. 165-187.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. [2009]: «Comentario a los artículos 115, 119 y 121» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1.419-1.437.

- MARKESINIS, B.; UNBERATH, H. y JOHNSTON, A. [2006]: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oregón: Hart.
- MARTORANO, F. [1959]: *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Nápoles: Editore Jovenes.
- MENGGONI, L. [1954] «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", I», *Rivista Diritto Commerciale*, págs. 185-209.
- MORALES MORENO, A. M. [2012]: «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 5-28.
- [2006]: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson Civitas (en el texto se desglosan los distintos artículos de este libro).
  - [1998]: «Comentario al artículo 35», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, págs. 286-312.
  - [1994]: «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: Existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, págs. 619-630.
  - [1982]: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 591-684.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. [2005]: «Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor», en Reyes López, M. J. (coord.), *La Ley 23/2003, de garantía de los bienes de consumo: planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, págs. 129-153.
- ORTI VALLEJO, A. [2002]: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada: Comares.
- PANTALEÓN PRIETO, F. [1993]: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1.719-1.745.
- PARISI, F. [2001]: «The Harmonization of Legal Warranties in European Law: an Economic Analysis», *Law and Economics Working Papers Series*, George Madison University School of Law, págs. 1-43, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstracts=276993> (visitado el 20 de noviembre de 2014).
- PEDEN, E. [2001]: «Policy concerns behind implication of terms in law», *117 Law Quarterly Review* 459, págs. 459-476.
- PERALES VISCASILLAS, P. [2003]: «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: Desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad Civil*, núms. 47-48, págs. 1.199-1.224.
- REYES LÓPEZ, M. J. [2005]: «Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo», en Reyes López, M. J. (coord.), *La Ley 23/2003, de garantía de los bienes de consumo: planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, págs. 155-209.
- SAN JULIÁN PUIG, V. [1996]: *El objeto del contrato*, Pamplona: Aranzadi.
- SCHWENZER, I. [2011]: «Comentario al artículo 35» en Schwenzler, I. y Muñoz, E. (dirs.), *Schlechtriem & Schwenzler: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1.037-1.072.

VAQUER ALOY, A. [2011]: «El principio de conformidad: ¿Supraconcepto del Derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 5-40.

VERDA y BEAMONTE, DE J. R. [2009]: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

– [2007]: «La no conformidad en la Convención de Viena», en Gaitán Martínez, J. A. y Mantilla Espinosa, F. (dirs.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, págs. 317-354.

VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.) [2010]: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, I, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Oxford: Oxford University Press.

WESTERMANN, H. P. [2012]: «§ 439 [BGB] Nacherfüllung», en Jürgen Säckler, F. y Rixecker, R. (eds.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, 6.ª ed., Múnich, págs. 189-208.

ZAMIR, E. [1991-1992]: «Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts», *Louisiana Law Review*, núm. 52, págs. 2-90.

ZIMMERMANN, R. [2008]: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Barcelona: Bosch.

ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H [1998]: *An introduction to comparative Law*, Oxford: Clarendon Press.