

Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias

Josep Maria Bech Serrat

Facultad de Derecho
Universidad de Girona

Abstract*

Los textos internacionales reconocen el derecho del comprador a la reparación o sustitución de una cosa no conforme con el contrato y, a su vez, establecen excepciones a su aplicación y ciertas reglas de protección del vendedor (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, Art. 9:102 PECL y Arts. 4:202 y 4:204 (1) PEL S). Ese planteamiento constituye un compromiso entre los países de derecho continental y el common law y en la última década ha irrumpido con fuerza en la regulación de la compraventa de consumo (Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE, Art. III.-3:302 DCFR, Art. 26 de la propuesta de Directiva de derechos del consumidor). Esas normas regulan las distintas formas de exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales desde un nuevo paradigma que poco tiene que ver con una necesidad de proteger al consumidor como parte débil del contrato, presente en los orígenes de la política comunitaria. Ahora la consideración del consumidor como agente del mercado que debe actuar de un modo económicamente eficiente se impone en el Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE, una norma claramente influenciada por los textos internacionales cuya implementación en los ordenamientos nacionales ha originado problemas importantes a la dogmática tradicional. En ese sentido, todavía quedan importantes interrogantes por resolver, tales como la posibilidad de sustitución en la compraventa de cosa específica o de segunda mano, algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la reparación y sustitución e, incluso, la preferencia de esos remedios frente a la reducción del precio o resolución del contrato. Al respecto, en Inglaterra se está planteando la posibilidad de ofrecer al consumidor una alternativa entre las distintas medidas disponibles en caso de entrega de una cosa no conforme con el contrato, lejos de la regla pacta sunt servanda y en clara contradicción con el planteamiento economicista de la propuesta de Directiva de derechos del consumidor. Hasta el momento España se ha limitado a incorporar a su ordenamiento el Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE en unos términos casi literales y las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia son todavía muy insuficientes. A diferencia de Alemania, el legislador español no ha extendido la aplicación de las reglas de la reparación y sustitución contempladas por la norma comunitaria a la compraventa civil, si bien la Comisión General de Codificación ha presentado dos propuestas de anteproyecto de ley en esa línea, la última en enero de 2009.

International texts recognise the buyer's right to the repair or replacement if the goods do not conform with the contract, and at the same time, establish exceptions to their application and certain rules of protection for the seller (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Art. 9:102 PECL and Arts. 4:202 y 4:204 (1) PEL S). This approach is a result of a compromise between civil law systems and the common law and it has been widely extended to the regulation of consumer sales over the last decade (Art. 3.3 of the Directive 1999/44/CE, Art. III.-3:302 DCFR, Art. 26 of the proposal for a Directive on Consumer Rights). These norms regulate the different ways of requiring the fulfilment of a contractual obligation from a new paradigm which has little to do with a need to protect the weak consumer which governed the origins of consumer policy in the European Community. Now the idea of the consumer who shall behave economically efficiently prevails in Art. 3.3 of the Directive 1999/44/CE, a norm which is clearly influenced by the international texts and whose transposing into the national legislation of Member States has created important problems for traditional dogmas. In this sense there are still some unclear issues, such as the possibility of replacing in sales of goods of specific nature or second-hand goods, some

* Este artículo se ha realizado en el marco de las actividades de la Red Española de Derecho Europeo Privado y Comparado (REDPEC) (SEJ 2006-27567-E/JURI), coordinada por el Prof. Dr. Miquel MARTÍN CASALS.

aspects on the exercise of repair and replacement, and, even, their use as primary remedies rather than a reduction in price or a rescission of the contract. With regard to this, in England the possibility of offering the consumer free choice between these measures if the goods do not conform with the contract has been raised. This is far from the principle of pacta sunt servanda and is clearly contrary to the economic approach of the proposal for a Directive on Consumer Rights. Up to now Spain has limited itself to implementing Art. 3.3 Directive 1999/44/CE into its legal system in almost literal terms and the case law on the issue has completely turned out to be insufficient. By contrast with Germany, the Spanish legislator has not extended the application of the rules of repair and replacement of Directive 1999/44/CE to non-consumer sales, even though two draft bill proposals along these lines presented by the General Commission for Codifying (“Comisión General de Codificación”), the last one being in January, 2009.

Title: Repairing and Replacing Goods on the Sale: Evolution and Latest Trends

Palabras clave: Compraventa, derecho a la reparación, derecho a la sustitución de cosas no conformes con el contrato

Keywords: Sale, Right to Repair, Right to Replacement of Non-Conforming Goods

Sumario

1. La reparación y sustitución en los textos internacionales
 - 1.1. Compraventa civil y mercantil
 - a. El Art. 46 CISG
 - b. Los Arts. 7.2.2 y 7.2.3 de los Principios UNIDROIT
 - c. El Art. 9:102 PECL y los Arts. 4:202 y 4:204 (1) PEL S
 - 1.2. Compraventa de consumo
 - a. El Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE
 - b. El Art. III.-3:302 DCFR
 - c. El Art. 26 de la propuesta de Directiva de derechos del consumidor
2. La reparación y sustitución en los ordenamientos nacionales
 - 2.1. Inglaterra
 - a. De la falta de tradición sobre la acción de cumplimiento a la coexistencia de dos esquemas de remedios del comprador
 - b. Últimas propuestas de la *Law Commission*: el dictamen *Consumer Remedies for Faulty Goods*
 - 2.2. Alemania
 - a. La acción de cumplimiento antes de la reforma del BGB
 - b. Algunos debates doctrinales surgidos a raíz de la transposición de la Directiva 1999/44/CE
 - 2.3. España
 - a. La pretensión de cumplimiento frente a una cosa defectuosa en la compraventa civil y mercantil: doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
 - b. La reparación y sustitución en la compraventa de consumo y el futuro de las medidas en el derecho español: el anteproyecto de ley de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos
 - (i) La sustitución en la compraventa de cosa específica o de segunda mano
 - (ii) Reglas especiales del ejercicio de la reparación y sustitución. En particular, el requisito de no causar mayores inconvenientes para el comprador
 - (iii) Carácter preferente de las medidas y superación del dogma de la conservación del contrato
3. Conclusiones
4. Bibliografía
5. Tabla de jurisprudencia citada

1. La reparación y sustitución en los textos internacionales

Desde la aprobación del artículo 46 del Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), de 11 de abril de 1980, la regulación de la reparación y sustitución de la cosa en ese contrato ha experimentado una notable evolución en Europa. Las principales modificaciones en la materia han sido introducidas por el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT), el Art. 9:102 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL), los Arts. 4:202 y 4:204 de los Principios de Derecho Europeo sobre la Compraventa (en adelante, PEL S) y el Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (en adelante, Directiva 1999/44/CE)¹. La norma comunitaria ha llevado a los Estados miembros a plantearse hasta qué punto es conveniente establecer dos regímenes distintos según se trate de una compraventa civil o de consumo, circunstancia que afectará también a esas medidas.

Por lo que se refiere a la compraventa de consumo, la regulación de la reparación y sustitución de la cosa constituye hoy una cuestión de la máxima actualidad, tras haber sido objeto del *Draft Common Frame of Reference* del *Study Group on a European Civil Code* y del *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)* (Art. III.-3:302) (en adelante, DCFR)² elaborado en el marco del proceso de revisión del *acquis communautaire*,³ así como de la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor presentada por la Comisión con fecha 8 de octubre de 2008 (apartados 2 a 4 del art. 26)⁴.

1.1. Compraventa civil y mercantil

a. El Art. 46 CISG

Sin duda, el Art. 46 CISG es el máximo referente internacional de la regulación de la reparación y sustitución de la cosa en la compraventa. El precepto enmarca tales medidas en un sistema de protección del comprador basado en el concepto de falta de conformidad al regular los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (Art. 1.1). Conformidad significa que la cosa entregada por el vendedor ha de adecuarse a las exigencias cualitativas y cuantitativas que el contrato le impone. La entrega de

¹ DOCE núm. L 171, de 7.7.1999, pp. 12-16.

² http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm. En febrero de 2009 ha sido publicada la versión definitiva abreviada del DCFR, VON BAR /CLIVE /SCHULTE-NÖLKE (2009), y en diciembre del mismo año la edición completa comentada por los autores, VON BAR /CLIVE (2009). Son antecedentes del DCFR, además de los PECL, los Principios de Derecho Europeo (PEL) y los Principios Acquis (ACQP). Para contextualizar el trabajo, SCHULTE-NÖLKE (2009, pp. 30-32).

³ COM (2001) 398 final; COM (2003) 68 final.

⁴ COM (2008) 614 final.

una cosa no conforme constituirá un incumplimiento de las obligaciones del vendedor y entonces el comprador dispondrá del sistema de remedios establecido (Arts. 45 a 52).

Aunque el Convenio de Viena podía haber establecido unas medidas de saneamiento o garantías para proteger al comprador sin considerar como incumplimiento la entrega de una cosa con defectos, distintas razones llevaron a los redactores a adoptar el actual régimen de responsabilidad. Además del precedente de la LUVI anexa al Convenio concluido en la Conferencia de La Haya en 1964, se ha señalado que el CISG adoptó una solución adecuada a las necesidades del comercio internacional y, a su vez, obedeció al importante propósito de evitar la difícil distinción entre entrega de cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*) y defectos o falta de calidad (art. 35)⁵.

El Convenio de Viena presupone que la reparación y la sustitución de una cosa no conforme con el contrato se consagran como perfectamente adecuadas a las necesidades del comercio internacional pero, como sucede con los demás remedios, el ejercicio de esos derechos tendrá unos límites.

La reparación se halla sometida a un juicio de razonabilidad, atendidas todas las circunstancias (Art. 46.3, primera frase)⁶. En ese requisito subyace la idea que el comprador no debe agraviar la situación del vendedor. A pesar de la amplitud de la formulación, el caso es que ciertos bienes no permiten una reparación por su naturaleza o, si la permiten, ello puede originar un coste desproporcionado. El juicio debe tomar en consideración la disponibilidad de un servicio técnico de reparación local o próximo al lugar de entrega de la cosa, así como la posibilidad del propio comprador de procurarse la reparación y reclamar el resarcimiento de las expensas y el daño que ello pueda haberle causado. Además, la reparación es razonablemente excluida si el vendedor ofrece al comprador la sustitución de una cosa genérica por otra nueva de la misma especie, aunque la regulación no establece ninguna jerarquía entre ambos remedios.

Por su lado, el derecho a la sustitución de la cosa no se presenta vinculado al sólo hecho de un incumplimiento por la entrega de una cosa no conforme con el contrato sino que es preciso, además, que la falta de conformidad implique un “incumplimiento esencial” (Art. 46.2). Con la referencia a ese término definido por el Art. 25 CISG⁷, la regulación pretende que la ejecución de la medida no resulte demasiado onerosa para el vendedor, puesto que en tal caso ese sujeto se

⁵ El Art. 35 CISG sustituyó la distinción por una noción única de incumplimiento del contrato.

⁶ La idea de ofrecer al comprador un derecho a exigir la reparación en caso de resultar una medida razonable y practicable, fue introducida en el Art. 42 de la propuesta de CISG presentada en 1977, a instancia de Noruega, Alemania, Finlandia y Suecia. Ello llevó a añadir un nuevo párrafo a la norma, hoy convertido en el Art. 46.3. VAN ZELST (2008, p. 119).

⁷ Según el Art. 25 CISG, “[e]l incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

encontrará en idéntica posición que si el comprador opta por resolver el contrato (Art. 49), o sea, deberá correr con el riesgo de las cosas devueltas y con todos los gastos de devolución, incluidos los de transporte, que en el comercio internacional pueden ser ciertamente gravosos. Como contrapartida, ello coloca al comprador en una situación más compleja y difícil, pues la “esencialidad” del incumplimiento puede llegar a ser una cuestión no poco sutil⁸.

Los presupuestos de ejercicio de esas formas de exigir el cumplimiento específico aún podían haber sido más restringidos de haber prosperado la enmienda presentada por Estados Unidos a lo largo del proceso de elaboración del proyecto de CISG de 1977, mediante la que ese país pretendió la exclusión de las medidas en caso de que el comprador pudiera adquirir cosas sustitutivas sin unos gastos o inconvenientes adicionales sustanciales. La enmienda no fue, sin embargo, aceptada, tras considerar que no cabía otorgar un alcance tan amplio al deber del comprador de no agravar la situación del vendedor⁹.

Es en esos términos que el CISG establece el derecho a la reparación y sustitución de la cosa, por lo que la liberación del deber de subsanar el cumplimiento defectuoso tiene sus propias reglas en el texto internacional, de carácter dispositivo (Art. 6) y distintas de la exoneración de la pretensión indemnizatoria (Art. 79.5)¹⁰. En virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden excluir el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación mediante acuerdo o, indirectamente, prever el recurso inmediato a otras medidas en caso de incumplimiento como, por ejemplo, la resolución del contrato (Art. 49).

Por lo demás, la petición de reparación o sustitución de la cosa “deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 CISG¹¹ o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento” (Art. 46. 2 y Art. 46.3, segunda frase), y la exigencia de las medidas requiere que “no se haya ejercido un derecho o acción incompatible con esa exigencia” (Art. 46.1), como la acción de reducción del precio (Art. 50) o la resolutoria del contrato (Art. 49)¹².

La efectividad de las medidas previstas por el Art. 46 CISG adolece de los problemas de unificación propios de la acción de cumplimiento toda vez que, como se ha indicado, se trata de una cuestión con respecto a la cual los ordenamientos jurídicos presentan diferencias importantes. Al reconocer la acción de cumplimiento como regla general y establecer a la vez

⁸ Así lo expresan los principales comentaristas del CISG. Véase, por todos, WILL (1987, pp. 334-339); también, LÓPEZ LÓPEZ (1998, p. 419), para quien consecuencias tan duras sólo se justifican si la falta de conformidad de las mercaderías no es de importancia menor.

⁹ El Art. 42.1 de la propuesta hace referencia a una sustitución “practicable para el comprador”. VAN ZELST (2008, p. 119).

¹⁰ MORALES MORENO (2006, p. 78).

¹¹ Véase el Art. 39 CISG.

¹² LÓPEZ LÓPEZ (1998, pp. 416-418).

unos requisitos para el ejercicio de la reparación y la sustitución, el Convenio ofrece en cierto modo una solución de compromiso. Ahora bien, la exigencia de cumplimiento no vendrá determinada por el Convenio en sí mismo considerado sino por la *lex fori* o la discrecionalidad judicial (Art. 28)¹³. De ese modo, los jueces de algunos países podrán declarar el derecho a indemnización del daño cuando consideren que la reclamación de cumplimiento en forma específica no es adecuada de acuerdo con las circunstancias del caso. Con todo, el Convenio de Viena asienta las principales características de la reparación y sustitución de la cosa en la compraventa.

b. El Art. 7.2.2 y 7.2.3 de los Principios UNIDROIT

El Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT introducirá algunas modificaciones importantes en el derecho a exigir el cumplimiento al regularlo específicamente para el caso de cumplimiento defectuoso.

Esa regulación ha adquirido gran importancia en el comercio internacional.¹⁴ A partir de un planteamiento similar al Art. 46 CISG, el Art. 7.2.2 de los Principios UNIDROIT establece el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias como regla general y, a continuación, contempla unas excepciones que la restringen considerablemente¹⁵, mientras que el Art. 7.2.3 aplica los principios generales de los Arts. 7.2.1 (obligaciones pecuniarias) y 7.2.2. (obligaciones no pecuniarias) al cumplimiento defectuoso¹⁶. La mayoría de excepciones resultan fácilmente aplicables a las distintas vías existentes para remediar la falta de conformidad con el contrato¹⁷. Aun así, los Principios UNIDROIT se apartan del Art. 46 CISG en la medida que realizan un tratamiento unitario de la reparación y sustitución como formas de la acción de cumplimiento de las obligaciones. Al respecto, el Art. 7.2.3 contempla el derecho al cumplimiento aplicable a todas las obligaciones sin distinguir ahora entre los presupuestos de la reparación y la sustitución, como si los costes económicos inherentes a su ejercicio fueran los mismos en ambos casos.

¹³ El Art. 28 CISG dispone que «[s]i conforme a la dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir a la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención”.

¹⁴ BONELL (2006, pp. XV-XIX).

¹⁵ La solución adoptada por el Art. 7.2.2 constituye una solución de compromiso entre los países de derecho continental, con la admisión del derecho como regla general, y derecho angloamericano, al establecer las excepciones. SCHELHAAS (2009, p. 784). El autor además hace notar que entre las excepciones no se prevé la inadecuación de la indemnización del daño, con lo que el texto se aparta de la tradición del *common law*.

¹⁶ BONELL (2006, p. 368). En ese sentido, el Art. 7.2.3 resulta superfluo aunque pretenda ser una norma aclaratoria. SCHELHAAS (2009, p. 800).

¹⁷ BONELL (2006, pp. 368-369).

La lista de excepciones al derecho a exigir el cumplimiento es ahora más exhaustiva. En primer lugar, el Art. 7.2.2 prevé su exclusión por resultar imposible el cumplimiento (letra a), legamente o de hecho. La imposibilidad puede ser inicial o sobrevenida, objetiva o subjetiva, afectar solamente a parte del cumplimiento a menos que la obligación sea indivisible y en ningún caso se hace depender de una actuación negligente del deudor¹⁸. El acreedor puede disponer de otros remedios (Arts. 3.3 y 7.1.7 (4)) cuando la imposibilidad no afecta a la validez del contrato (por ejemplo, por imposibilidad inicial: Art. 3.3)¹⁹.

En segundo lugar, la reparación y sustitución tampoco tienen lugar cuando el cumplimiento o, en caso que sea relevante, la ejecución forzosa sean irrazonablemente gravosos u onerosos (letra b del Art. 7.2.2). De ese modo los Principios UNIDROIT pretenden hacer frente a aquellos casos en que las circunstancias han cambiado tan drásticamente que exigir el cumplimiento podría ser contrario al principio de buena fe (Art. 7.1)²⁰. Ello exige llevar a cabo una valoración económica de los costes y beneficios que puede originar la reparación o sustitución para ambas partes²¹. Debe existir desproporción entre los gastos en que incurre la parte que ha incumplido y el valor real del contrato²². Aunque muchos supuestos relativos a defectos menores e insignificantes pueden originar unos gastos y esfuerzo irrazonables para la parte que incumple²³, el mero hecho de que el contrato haya devenido menos lucrativo para el deudor no es suficiente a estos efectos²⁴. Dicha excepción hace que la sustitución no sea una opción del acreedor, si la parte que incumple prueba que se trata de una falta de conformidad con el contrato de carácter menor y puede ser fácilmente reparada; y en otro caso, la sustitución puede ser exigida a pesar de ser la cosa reparable²⁵.

En tercer lugar, otra excepción a la exigencia de cumplimiento de la obligación se refiere al supuesto en que la parte legitimada para recibir el cumplimiento puede razonablemente obtenerlo por otra vía (letra c) del Art. 7.2.2). La norma presupone que existen cosas y servicios

¹⁸ SCHELHAAS (2009, pp. 787-789).

¹⁹ SCHWENZER (1999, p. 296); BONELL (2006, p. 365).

²⁰ A raíz de ese supuesto, existe un importante debate doctrinal acerca de la concurrencia de la excepción de la letra b) del Art. 7.2.2 con la llamada imposibilidad sobrevenida de la prestación (Art. 6.2.1). Con relación a ello, algunos autores se han mostrado partidarios de aplicar la exclusión ampliamente (SCHWENZER (1999, p. 296)), mientras que otros ponen el acento en un incremento del interés del acreedor en el cumplimiento (SCHELHAAS (2009, pp. 791-792)).

²¹ En la misma línea, con respecto a la reparación, el Art. 46.3 CISG.

²² SCHELHAAS (2009, p. 790).

²³ BONELL (2006, pp. 368-369).

²⁴ SCHELHAAS (2009, p. 790).

²⁵ Por supuesto, la sustitución también es admitida si la cosa es simplemente irreparable. *Ibid.* pp. 802-803.

que por sus características pueden ser ofrecidos por muchos proveedores (por ejemplo, cosas fungibles). Por ese motivo, si el deudor no cumple el contrato, la mayoría de compradores no estarán interesados en dedicar más tiempo y esfuerzos en exigir el cumplimiento de la otra parte, sino que van a preferir acudir al mercado, adquirir cosas o servicios sustitutivos y, en su caso, reclamar indemnización del daño. La razonabilidad a que se refiere la letra c) debe ser considerada hasta el momento de la decisión judicial²⁶ y no significa en ningún caso que la mera posibilidad de obtener el mismo cumplimiento por otra vía sea suficiente²⁷. A su vez, la parte que incumple es obligada a indemnizar, en su caso, el daño adicional causado por el negocio de reemplazo y el deudor asume un deber de mitigar ese daño²⁸.

En cuarto lugar, la reparación y el reemplazo por la entrega de una cosa no conforme con el contrato tampoco tienen lugar cuando el cumplimiento es de carácter exclusivamente personal (letra d) del Art. 7.2.2). La regla pretende proteger la libertad personal del acreedor y evitar conflictos en lo que concierne a la calidad del cumplimiento en tales casos²⁹. Al parecer, en opinión de algunos comentaristas, la tendencia moderna trata de restringir el supuesto al cumplimiento de carácter único, más que a la prestación de servicios profesionales, por lo que solamente engloba el cumplimiento no delegable y que requiere competencias individuales de naturaleza artística o científica, o el cumplimiento que implica una relación personal y de confianza³⁰.

Por último, las medidas también son excluidas, excepcionalmente, cuando la parte legitimada para recibir el cumplimiento no lo exige dentro de un plazo razonable desde que ha conocido, o podía haber conocido el incumplimiento (letra e)³¹. Cumplir el contrato a menudo conlleva para el deudor una preparación y esfuerzo. Si transcurrido el plazo previsto para el cumplimiento, el acreedor no lo exige dentro de un plazo razonable, el deudor puede creer legítimamente que el cumplimiento no será exigido. Por ese motivo la letra d) del Art. 7.2.2 contempla la exclusión de la reparación y sustitución de la cosa en tales casos pues, si el deudor pudiera ser requerido al cumplimiento en cualquier momento, ello podría dar cabida a una eventual especulación del

²⁶ *Ibid.* p. 794.

²⁷ SCHWENZER (1999, p. 298), para quién la regla es razonable desde un punto de vista económico y un análisis del *case law* de EE.UU. puede resultar particularmente útil para aclarar en qué casos de cosas fungibles puede ser exigido el cumplimiento en forma específica; también, BONELL (2006, p. 366). La excepción de la letra c) adquiere particular interés en países de derecho continental, donde tradicionalmente el negocio de cobertura es considerado como mera opción del comprador, a menos que exista un uso comercial en otro sentido.

²⁸ SCHELHAAS (2009, p. 794).

²⁹ SCHWENZER (1999, p. 298).

³⁰ BONELL (2006, pp. 366-367). En la misma línea, SCHWENZER (1999, p. 299) comenta que la letra d) del Art. 7.2.2 acoge un concepto restringido de "cumplimiento de carácter exclusivamente personal", en comparación con el empleado en el derecho angloamericano.

³¹ En el mismo sentido, Art. 46.3 CISG.

acreedor³². El acreedor debe actuar con más precaución al inspeccionar el cumplimiento defectuoso cuando se trata de cosas perecederas o cosas para un uso inmediato, aunque la razonabilidad del plazo se establece a menudo en función de los usos y prácticas comerciales y no parece que pueda superar en ningún caso el plazo de prescripción de tres años del Art. 10.2³³.

El tratamiento unitario de las distintas formas de exigir el cumplimiento de las obligaciones significa que, a diferencia del Art. 46.2 CISG, los Principios UNIDROIT no requieren que se produzca incumplimiento de una obligación fundamental del contrato para dar cabida a la sustitución de la cosa.

Aunque la concurrencia de cualquiera de las excepciones hace decaer el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento, las mismas no afectan al derecho a recibir en su caso indemnización del daño (Art. 7.4.1), ni al derecho a resolver el contrato (Art. 7.3.1)³⁴.

A pesar del silencio de los Principios UNIDROIT, los comentaristas sostienen que la reparación o sustitución deben realizarse en un plazo razonable, sin inconvenientes significativos para el acreedor y con carácter gratuito, como resulta del deber general de actuar con buena fe (Art. 1.7). En caso contrario, el acreedor está facultado para invocar cualquier otro remedio (Art. 7.2.5), aunque si la cosa nueva o reparada es de calidad sustancialmente mejor que la prevista en el contrato, el deber general de actuar de buena fe puede significar que el acreedor deba contribuir proporcionalmente a los costes de la sustitución³⁵.

Tampoco prevén los Principios UNIDROIT qué ocurre cuando la reparación es fallida. La doctrina entiende que entonces el acreedor puede ejercer todos sus derechos, sin estar limitado a exigir de nuevo la reparación, incluida una eventual reclamación de indemnización del daño resultante, en coherencia con el Art. 7.2.5³⁶. Y por lo que se refiere a la sustitución, algunos comentaristas sostienen que cabe aplicar *mutatis mutandis* el Art. 7.3.6, relativo a la restitución tras la finalización del contrato, al deber del acreedor de devolver la cosa no conforme con el contrato.

³² BONELL (2006, p. 367).

³³ SCHELHAAS (2009, p. 798).

³⁴ *Ibid.* p. 787. El autor añade que la carga de la prueba de la excepción recaerá sobre la parte que incumple la obligación.

³⁵ *Ibid.* p. 801. SCHELHAAS pone el ejemplo del motor de un camión que se estropea a los cuatro años de su adquisición y no puede ser reparado. En tal caso la sustitución por un motor nuevo prolonga la vida útil del camión. Por el contrario, con relación al Art. 4:202 PE L S, HONDIUS ET ALT. (2008, pp. 269-270) afirman que el comprador no debe indemnizar el daño causado al vendedor cuando la reparación o sustitución reportan un beneficio adicional. Según esa opinión, si no es posible encontrar un mismo modelo o ello resulta excesivamente gravoso, la entrega de una cosa de un modelo mejor no dará lugar a indemnización. A juicio de esos autores, la compensación en tal caso tampoco procede cuando el vendedor hace la entrega para preservar su reputación o evitar la resolución del contrato.

³⁶ Ello se corresponde con la solución del CISG. SCHELHAAS (2009, p. 802).

Aunque los Principios UNIDROIT no establecen quien deberá soportar los costes de devolver la cosa, la doctrina considera que ello corresponde al deudor, en base a su obligación contractual de entregar una cosa sin defectos y su deber general de actuar con buena fe (Art. 1.7). Además, si la cosa sustitutiva tampoco resulta conforme con el contrato, ello constituirá un nuevo incumplimiento y el acreedor podrá optar de nuevo por las medidas previstas por los Principios³⁷.

Las reglas de los Principios UNIDROIT se aplican a menos que las partes acuerden la exclusión del derecho a exigir el cumplimiento, o el recurso a otras medidas en caso de incumplimiento, en virtud de la autonomía de la voluntad (Arts. 1.1 y 1.5)³⁸. A diferencia del CISG, el alcance del derecho a exigir el cumplimiento viene determinado por los propios Principios UNIDROIT y la efectividad de la medida no depende de la *lex fori* ni de una discrecionalidad judicial³⁹, a menos que las partes acuerden otra cosa. En ese sentido, los jueces de los distintos países deben ordenar el cumplimiento si no concurre alguna de las excepciones previstas en el Art. 7.2.2, por lo que el texto promueve una mayor uniformidad⁴⁰.

Por lo demás, el Art. 7.2.4 (1) de los Principios UNIDROIT dispone que cuando el tribunal ordena el cumplimiento al deudor, también puede exigir discrecionalmente a esa parte pagar una penalización si no cumple la orden. La previsión tiene por objeto otorgar mayor efectividad a la orden judicial de cumplimiento. La sanción puede imponerse de oficio, es únicamente de índole pecuniaria y puede tratarse del pago de una cantidad alzada, suma a plazos o cuantía por cada día que transcurre sin cumplimiento del deudor⁴¹. De ese modo, aunque las vías de ejecución generalmente forman parte del derecho procesal y, por tanto, se rigen por la *lex fori*, la regulación prevé una penalización judicial cuyo procedimiento debe regirse por las reglas del derecho nacional⁴². Esa última circunstancia resta relevancia práctica a la medida⁴³ que, por lo demás, ha

³⁷ *Ibid.* p. 803.

³⁸ *Ibid.* p. 786.

³⁹ Cf. Art. 28 CISG.

⁴⁰ El CISG no consigue la misma uniformidad porque sigue la tradición de derecho continental al establecer un derecho general a exigir el cumplimiento y se remite a la *lex fori* por lo que se refiere a las excepciones. SCHWENZER (1999, pp. 292 y 303).

⁴¹ SCHELHAAS (2009, p. 806), quien destaca que la medida tiene una función similar a la penalización acordada por los contratantes, así como que el tribunal podrá no imponerla por considerar que indemnizar el daño es suficiente para inducir al cumplimiento.

⁴² BONELL (2006, p. 371), quien subraya la tendencia a emplear la medida en procedimientos arbitrales. La penalización judicial contemplada por el Art. 7.2.4 tiene su origen en la *astreinte* del derecho francés. SCHWENZER (1999, p. 302). Por su lado, SCHELHAAS (2009, p. 805) observa que la penalización judicial no es un principio general del derecho y se muestra escéptico en cuanto a su imposición en el arbitraje.

⁴³ La penalización no es ejecutada cuando se considera contraria al orden público bajo un determinado derecho

recibido distintas críticas de la doctrina⁴⁴ y al parecer sólo debería imponerse en situaciones excepcionales en aquellas obligaciones que, como la obligación de dar, pueden ser ejecutadas por vías ordinarias⁴⁵. El pago de la penalización no excluye por sí mismo una eventual reclamación de indemnización del daño (Art. 7.2.4 (2)) y si el deudor se niega a cumplir a pesar de su imposición, el acreedor debe solicitar de nuevo al tribunal la ejecución de la medida y, en su caso, invocar la adopción de cualquier otro remedio (Art. 7.2.5).

c. El Art. 9:102 PECL y los Arts. 4:202 y 4:204 (1) PEL S

Como es sabido, los PECL regulan solamente los contratos en general y no los aspectos específicos de la compraventa. Las normas del Art. 9:102 se refieren a la acción de cumplimiento de las obligaciones no dinerarias, entre las que cabe incluir la obligación de entregar una cosa conforme con el contrato asumida por el vendedor, y en ningún caso contemplan expresamente que la pretensión del acreedor pueda adoptar la forma de reparación o sustitución de la cosa.

De todos modos, el texto realiza un tratamiento unitario de esas formas de exigir el cumplimiento de las obligaciones, como el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT. La reparación y sustitución de la cosa son admitidas implícitamente como regla general (Art. 9:102 (1) PECL), puesto que ello permite al acreedor disponer de una medida tendente a satisfacer sus intereses en los términos previstos en el contrato, evita las dificultades resultantes de evaluar el daño en las reclamaciones de indemnización, incrementa el vínculo contractual y puede resultar particularmente útil en el caso de cosas singulares⁴⁶.

En línea con el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT, el Art. 9:102 (2) PECL prescribe no obstante que el cumplimiento específico no se puede obtener, sin embargo, cuando: a) el cumplimiento es ilegal o imposible; o b) el cumplimiento causa un esfuerzo o unos gastos no razonables al deudor; c) el cumplimiento consiste en la prestación de servicios u obra de carácter personal o depende de una relación personal; o d) la parte agraviada puede obtener razonablemente el cumplimiento por otra vía⁴⁷. En tales casos otros remedios, como la

nacional y la enorme discrecionalidad otorgada a los tribunales por el Art. 7.2.4 no contribuye a su admisión en algunos países tradicionalmente reacios a la medida. *Ibid.* pp. 806-807.

⁴⁴ Las principales críticas se refieren a la inclusión de la medida en una regulación de derecho sustantivo, su aplicación indiscriminada a todas las obligaciones y la falta de tradición de algunos ordenamientos. SCHWENZER (1999, pp. 302-303). También, BONELL (2006, p. 370), quien sin embargo considera que el Art. 7.2.4 adopta una posición intermedia al prever solamente la penalización pecuniaria.

⁴⁵ *Ibid.* p. 370; también SCHELHAAS (2009, p. 807).

⁴⁶ LANDO / BEALE (2000, p. 395).

⁴⁷ Al comprador se le puede razonablemente exigir obtener el cumplimiento por otra vía aun cuando el coste sea superior al precio del contrato, siempre que el vendedor incumplidor esté en posición de pagar el daño por la diferencia. En cambio, la letra d) del Art. 9:102 (2) PECL constituye una solución de compromiso frente a las divergencias del *common law* y el derecho continental y no significará en ningún caso que el cumplimiento sólo

indemnización del daño y, en su caso, la resolución del contrato se consideran más adecuados⁴⁸. Además, según los principios, la parte incumplidora no puede ser forzada por un tribunal a cumplir de acuerdo con el contrato si la otra parte no reclama el cumplimiento dentro de un plazo razonable desde que conoció o pudo conocer el incumplimiento (Art. 9:102 (3) PECL).

Así pues, aunque los PECL establecen un criterio común de exoneración para las pretensiones de cumplimiento e indemnizatoria (Art. 8:101 (2); Art. 8:108 (1)), el Art. 9:102 establece unas limitaciones a la pretensión de cumplimiento fundadas en razones de eficiencia económica – comparación del coste para el deudor con el beneficio obtenido por el acreedor – en línea con el Art. 46 CISG y el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT, las cuales en modo alguno excluyen una eventual pretensión indemnizatoria⁴⁹.

Por lo demás, la regulación de los PECL resulta demasiado general y abstracta en ciertos aspectos. Por esa razón, el *Study Group on a European Civil Code*, tras señalar la necesidad de establecer reglas específicas para algunos contratos, elaboró los PEL S⁵⁰. El texto contiene normas relativas a la reparación y sustitución de una cosa en la compraventa (Art. 4:202) y establece el carácter gratuito de su ejercicio para el comprador, así como distintas excepciones a la aplicación de los remedios en los mismos términos que las letras a) y b) del Art. 9:102 (2) PECL, aunque prohíbe al vendedor no aceptar las medidas por la mera posibilidad del comprador de subsanar la falta de conformidad de la cosa razonablemente por otra vía⁵¹. Asimismo, el Art. 4:204 (1) PEL S atribuye al vendedor la elección de la forma de subsanar la falta de conformidad, salvo que la misma conlleve un retraso o cause un inconveniente al comprador que no sean razonables, en comparación con otras posibles alternativas. El precepto realiza, pues, un planteamiento sustancialmente distinto de la materia e incorpora algunas reglas de protección del comprador⁵².

pueda ser exigido cuando la indemnización del daño no es una medida adecuada. *Ibid.* pp. 398 y 401.

⁴⁸ *Ibid.* pp. 395-398. Por consiguiente, los principios europeos no se conforman en condicionar la adopción de las medidas estudiadas a un juicio de razonabilidad –cf. Art. 46.3 CISG– y exigen además la concurrencia de otras circunstancias, en línea con el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT.

⁴⁹ MORALES MORENO (2006, pp. 63-65). La exoneración con respecto a esos remedios prevista por el Art. 8:108 (1) PECL se refiere a cuando el incumplimiento es debido a una causa o impedimento que (1) queda fuera del ámbito de control del deudor y (2) no se puede pretender, de manera razonable, que hubiera debido tenerse en cuenta en el momento de la conclusión del contrato, (3) ni tampoco se puede pretender, de manera razonable, que la parte incumplidora hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias. Véase también el Art. 9:103 PECL.

⁵⁰ HONDIUS ET ALT. (2008, pp. 101-103).

⁵¹ Esa previsión es necesaria para excluir la letra b) del Art. 9:102 PECL y, además, ha sido considerada como conveniente, en la medida que el comprador puede subsanar la falta de conformidad por otra vía en la mayoría de ocasiones, lo que podría acarrear una desprotección del comprador en la compraventa de consumo. *Ibid.* p. 270.

⁵² Unos convenientes no razonables pueden producirse, por ejemplo, si la reparación debe llevarse a cabo en el establecimiento del comprador y ocasiona la interrupción de la producción o un ruido o suciedad excesivos. La

No obstante, aunque los Principios estaban llamados a convertirse en la base de la regulación de la compraventa del DCFR (Libro IV), como se expondrá, finalmente el texto ha optado por generalizar las reglas de ese contrato en el marco del derecho de obligaciones (Libro III) en unos términos parcialmente distintos.

1.2. Compraventa de consumo

a. El Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE

En el marco de la compraventa de consumo, la Directiva 1999/44/CE también integra la falta de conformidad en una noción unitaria de incumplimiento a la que corresponde un único sistema de remedios, aunque en esta ocasión la regulación establece una jerarquía entre ellos. De acuerdo con el Art. 3.3, el derecho a exigir el cumplimiento se antepone al derecho a pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio (“[e]n primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya [...]”)⁵³. No está claro si la preferencia se establece con el fin de conservar el contrato –o, mejor, preservar la voluntad contractual inicial–, favorecer el derecho del vendedor a subsanar la falta de conformidad de la cosa (*right to cure*) o, simplemente, promover la eficiencia económica en el ejercicio de las medidas⁵⁴.

Esa no es, no obstante, la única restricción a los derechos del consumidor prevista por la normativa pues, en línea con los textos comentados, el Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE dispone que dicho sujeto puede exigir la reparación o sustitución de la cosa “salvo que ello resulte imposible o desproporcionado”. Eso significa, por ejemplo, que si el consumidor compra una máquina lavadora defectuosa que puede ser fácilmente reparada, el consumidor no puede reclamar su sustitución. La previsión ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que en la práctica la opción a menudo será del vendedor⁵⁵.

A continuación el párrafo 2 del Art. 3.3 añade que “[s]e considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: - el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad; -la relevancia de la falta de conformidad; y -si la forma de saneamiento

misma situación puede ocurrir cuando el vendedor necesita realizar distintas reparaciones de un mismo defecto. En cambio, los autores de los PEL S sostienen que el comprador no puede rechazar válidamente la reparación con base en los costes originados, a menos que deba pagar por adelantado una cantidad de dinero considerable para hacer frente a los inconvenientes. *Ibid.* pp. 280-283.

⁵³ A efectos de la norma, la letra f) del Art. 1.2 dispone que se entenderá por reparación, “en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta”.

⁵⁴ La jerarquía fue introducida en la Posición Común (CE) n° 51/98 aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998. DOCE núm. C 333, de 30.10.1998, p. 46: véase la redacción del Art. 3.3. Contrástese con el Art. 3.4 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE núm. C 307, de 16.10.1996, p. 8.

⁵⁵ LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, p. 18.

alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor". La doctrina ha atribuido cierta vaguedad terminológica a la disposición. ¿Significa ello que el vendedor no está obligado a reparar o sustituir la cosa si puede resultar más barata la resolución del contrato? Además, la falta de concreción de la "forma de saneamiento" con respecto a la que debe establecerse la desproporcionalidad de la reparación o sustitución se ha mantenido en la mayoría de ordenamientos nacionales: algunos Estados miembros comparan solamente tales medidas entre sí⁵⁶ y otros hacen referencia también a la reducción del precio y resolución del contrato⁵⁷.

Solicitada una reparación o sustitución no imposible ni desproporcionada, el vendedor debe llevar a cabo el remedio en un plazo razonable y "sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor" (párrafo 3 del Art. 3.3). Tales criterios sobre el ejercicio de las medidas resultan acordes con la interpretación realizada por la doctrina de los textos internacionales⁵⁸, aunque los mismos no permiten aclarar cuántos intentos de reparación debe soportar el comprador antes de hallarse sufrir "mayores inconvenientes", de modo que entonces pueda solicitar la adopción de otro remedio (Art. 3.5). ¿Dependerá ello del número de defectos que presenta la cosa?⁵⁹. Por su lado, ¿cuánto tiempo el consumidor debe esperar "razonablemente" la ejecución de las medidas? A estos efectos ¿se deben tomar en consideración aspectos subjetivos? Nótese, por ejemplo, que la avería de una máquina lavadora puede causar importantes molestias a una familia numerosa y menores molestias a una persona que vive sola⁶⁰. Además, el vendedor puede asumir voluntariamente la indemnización del daño causado al comprador por la reparación (por ejemplo, alquiler de un coche para desplazarse a su lugar de trabajo) o las medidas necesarias para evitar ese daño (por ejemplo, entrega de un coche sustitutivo) con el fin de excluir tales molestias y, en definitiva, evitar la reducción del precio o resolución del contrato⁶¹. Como se verá en el análisis de las medidas en algunos ordenamientos nacionales, el Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE ha originado algunos interrogantes acerca de cuestiones

⁵⁶ § 439 III BGB.

⁵⁷ Sección 48 B *Sale of Goods Act* 1979 inglesa. Con todo, algunos países como Grecia, Lituania, o Portugal, no han establecido una jerarquía entre los remedios en el momento de implementar la Directiva 1999/44/CE, con base en su carácter de Directiva de mínimos (Art. 8.2). Así lo pone de manifiesto la "EU Consumer Law Acquis Database" (<http://www.eu-consumer-law.org/>; fecha de consulta: 28.4.2009). La base de datos es resultado del proyecto de investigación "EC Consumer Law Compendium" encargado por la Comisión Europea y dirigido por el Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Universidad de Osnabrück.

⁵⁸ Por ejemplo, interpreta así el Art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT, SCHELHAAS (2009, p. 801).

⁵⁹ La mayoría de ordenamientos de los Estados miembros, con la excepción de Polonia, permiten más de una reparación a los detallistas, incluso cuando la cosa presenta un único defecto. Véase la "EU Consumer Law Acquis Database".

⁶⁰ El mismo planteamiento hace la LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP* 188/SLCDP 139, pp. 1-3.

⁶¹ BITTER /MEIDT (2001, p. 2118).

apenas planteadas por los comentaristas de los textos internacionales (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT, Art. 9:102 PECL, Art. 4:204 PEL S).

Por lo demás, la Directiva 1999/44/CE también prescribe que los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato serán soportados por el vendedor, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales (Art. 3.4).

b. El Art. III.-3:302 DCFR

Por lo que se refiere al DCFR, las medidas disponibles para el comprador en caso de falta de conformidad de la cosa se establecen en la regla modelo IV.A.-4.:201 y son desarrolladas en la parte correspondiente al derecho de obligaciones (Libro III). Más concretamente, las reglas previstas por el texto sobre las formas de exigir el cumplimiento se contienen en el Art. III.-3:302. Tales reglas resultan más bien escasas⁶², aunque las mismas se alinean claramente con los textos internacionales y comunitarios (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT, Art. 9:102 PECL, Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE)⁶³.

En el mismo sentido, la regla modelo relativa al cumplimiento en forma específica de las obligaciones no dinerarias (Art. III.-3:302 DCFR) admite la medida en general pero prevé su exclusión en unos términos amplios, bastante parecidos a los PECL (Art. 9:102), cuando: a) el cumplimiento es ilegal o imposible; o b) el cumplimiento es irrazonablemente gravoso o caro; o c) el cumplimiento es de carácter personal, de modo que sería irrazonable (apartado 3). Al respecto los autores han señalado que el cumplimiento en forma específica presenta algunas ventajas evidentes, entre las que destaca la obtención por parte del acreedor de lo que es debido según el contrato, pero consideraciones de carácter legal, natural y especialmente surgidas de la práctica comercial demuestran que la medida debe ser limitada⁶⁴.

A juzgar por los comentarios de los autores de los DCFR, tales limitaciones podrán tener un alcance considerable. Así, el cumplimiento ilegal (letra a) se afirma que incluirá los actos prohibidos por una norma, así como el supuesto en que un tercero adquiere preferencia frente al acreedor sobre el objeto de la obligación.⁶⁵ Por su lado, en opinión del *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, el carácter gravoso (letra b) se debe determinar no solamente con base en parámetros económicos, pues también

⁶² Como el Art. 9:102 PECL, los DCFR tampoco contienen ninguna referencia expresa a la reparación o sustitución de la cosa.

⁶³ Cf. Art. 4:204 (1) PEL S.

⁶⁴ VON BAR/ CLIVE/ (2009, p. 829).

⁶⁵ *Ibid.* p. 830. El Art. III.-3:302 DCFR se refiere a una "ilegalidad" del cumplimiento que no deberá ser interpretada distintamente a la "imposibilidad legal" a que hacen referencia otros textos internacionales. Cf. letra a) del Art. 7.2.2 Principios UNIDROIT.

puede resultar de cualquier esfuerzo desproporcionado exigido al deudor o situación de importante angustia, disgusto o incomodidad causada a ese sujeto (por ejemplo, exigencia de cumplimiento cuando el cumplimiento ha devenido inútil para el acreedor). Además, el criterio para excluir el cumplimiento específico no es simplemente el carácter personal de las obras o servicios a facilitar (letra c), sino un irrazonable cumplimiento a determinar tomando en consideración si su exigencia vulnera en tal caso los derechos humanos y las libertades fundamentales del deudor⁶⁶.

Con todo, resulta significativa la no previsión como excepción a la aplicación de las medidas de la circunstancia que la parte legitimada para recibir el cumplimiento pueda razonablemente obtenerlo por otra vía⁶⁷. Así culmina una tendencia contraria a excluir la reparación o sustitución en tales casos, constatada en el proceso de elaboración del Art. 46.1 CISG y la actual redacción del Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE y el Art. 4:202 PECL, tras entender que una tal excepción podría conllevar una importante desprotección del comprador en la compraventa de consumo⁶⁸.

Además, la regla modelo del Art. III.-3:302 (5) DCFR limita indirectamente el alcance de la exigencia del cumplimiento en forma específica. Ante el peligro de incrementar los daños a resarcir por parte del deudor como consecuencia de una insistencia irrazonable en exigir el cumplimiento, cuando el acreedor puede obtener fácilmente el cumplimiento de otro modo (por ejemplo, transacción sustitutiva), la regla excluye la indemnización de tales daños. La conducta del comprador se considera relevante, pues, únicamente con respecto a la acción de indemnización del daño. Desde una perspectiva del derecho de daños, el ejercicio de la acción de reparación o sustitución de la cosa podrá contribuir a causar el daño sufrido por el mismo comprador. En la medida que tiene el deber de mitigar el daño, en tal caso el comprador no podrá reclamar indemnización del daño que no sea objetivamente imputable al vendedor⁶⁹.

c. El Art. 26 de la propuesta de Directiva de derechos del consumidor

Sabido es que la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva sobre derechos del

⁶⁶ En opinión del *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, la razón de ser de la excepción de la letra c) del art. III.-3:302 (3) DCFR no es que un trabajo o servicios forzados pueden no ser satisfactorios para el acreedor, pues esa es una cuestión a decidir por él mismo. *Ibid.* p. 831-833. Además, los autores consideran que la previsión contractual que excluye la delegación del trabajo no confiere necesariamente al mismo un carácter personal en los términos de la regla modelo.

⁶⁷ Cf. letra d) del Art. 9:102 (2) PECL.

⁶⁸ La máxima expresión de la tendencia se encuentra en la redacción del Art. 4:202 (3) PECL. Véase HONDIUS ET ALT. (2008, p. 270).

⁶⁹ Por lo demás, la reclamación de cumplimiento de una obligación no dineraria debe hacerse dentro de un plazo razonable (Art. III.-3:302 (4) DCFR) a fin de proteger al deudor de las consecuencias gravosas de un retraso. Al respecto, VON BAR/ CLIVE/ (2009, p. 833) consideran que cuando el acreedor sea un acreedor, la exigencia del plazo no afectará gravemente a sus intereses porque el mismo todavía puede utilizar otros remedios (Art. III.-3:107 DCFR).

consumidor con fecha 8 de octubre de 2008, sin esperar la aprobación de la versión definitiva del DCFR. Entre otras normas comunitarias, la regulación propuesta se centra en la Directiva 1999/44/CE, sobre la base de que los consumidores en estos momentos no se benefician completamente de un mercado único (Considerando 5). La propuesta de Directiva horizontal pretende realizar una armonización máxima (Art. 4) en aras a la necesidad de eliminar barreras en el mercado, si bien no está nada claro que las actuales reglas de la compraventa de consumo contribuyan a crear tales barreras ni que, por consiguiente, la regulación del contrato deba ser objeto de dicha armonización⁷⁰.

La propuesta parte del mismo sistema de responsabilidad civil del vendedor, basado en el incumplimiento que supone la entrega de una cosa no conforme con el contrato de compraventa (Art. 24.1 y Art. 26.1) y mantiene la preferencia de la reparación y sustitución (Art. 26.3). En contraste con el Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE, el Art. 26.3 aclara que dicha preferencia tiene lugar con respecto a los remedios de reducción del precio y resolución del contrato.

Sin embargo, la opción sobre el remedio a utilizar es atribuida ahora al vendedor. Según el Art. 26.2, ese sujeto deberá remediar la falta de conformidad mediante la reparación o sustitución de la cosa. El precepto denota las dificultades existentes en cuanto a la necesidad de proteger los intereses del consumidor en el mercado único donde los vendedores deben ofrecer sus bienes⁷¹. Su redacción presenta notable similitud con el Art. 4:204 (1) PEL S, a pesar de que el párrafo segundo de la norma otorga la elección entre la reparación y la sustitución al comprador cuando se trata de una compraventa de consumo⁷².

Al otorgar la opción sobre el remedio al vendedor, en nuestra opinión el Art. 26.2 de la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor en realidad regula el derecho del vendedor a subsanar la falta de conformidad de la cosa con el contrato (*right to cure*). Se trata de un remedio orientado al cumplimiento del contrato que pretende limitar el daño o pérdida que el vendedor puede sufrir ante un incumplimiento y el mismo puede adoptar la forma de reparación o sustitución⁷³. Ello debe distinguirse del derecho del comprador a exigir la reparación o sustitución al vendedor como forma de cumplimiento en forma específica.

⁷⁰ MICKLITZ (2009, p. 83), para quien la compraventa de consumo y las modificaciones introducidas en la materia no justifican una reforma en nombre del consumidor. En la misma línea, HOWELLS / SCHULZE (2009, pp. 6-8), no incluyen las reglas de la compraventa de consumo entre las materias que originan barreras al comercio y justifican la armonización máxima. Los autores, además, se muestran reacios a creer que la pretendida armonización incremente por sí misma la confianza de los consumidores.

⁷¹ TWIGG-FLESNER (2009, pp. 159-160).

⁷² La elección del comprador solamente tiene cabida cuando la medida no causa un esfuerzo o coste desproporcionado al vendedor o no resulta ilegal o imposible (Art. 4:202). Para HONDIUS ET ALT. (2008, pp. 268-269 y 281-283) ello significa que la reparación es la medida más adecuada para los bienes más caros o defectos de mayor entidad.

⁷³ Véase el Art. 47 CISG y el Art. 8:106 PECL.

Parte de la doctrina ha defendido que, aunque el vendedor está en mejor posición para evaluar los costes asociados a la reparación o sustitución, el carácter de la medida poco favorable al consumidor puede resultar controvertido, más aún cuando ello significa apartarse de la regla del CISG (Arts. 46 y 48) acogida por algunos Estados miembros en la regulación de la compraventa⁷⁴.

En realidad, la propuesta de Directiva constituye el máximo exponente de un cambio de paradigma que se pretende imponer en el derecho comunitario, al sustituir la idea de proteger al consumidor como parte débil del contrato por la de convertir a ese sujeto en un agente del mercado cuyo comportamiento debe ser en todo momento económicamente eficiente⁷⁵. A estos efectos, la propuesta de Directiva no se conforma con incorporar la racionalidad de las reglas que rige actualmente las distintas formas de exigir el cumplimiento de las obligaciones en los principales textos internacionales (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios de UNIDROIT, Art. 9:102 PECL).

Así las cosas, si el vendedor se halla en condiciones de probar que el remedio a la falta de conformidad por esas vías es ilegal, imposible o le causa un esfuerzo desproporcionado, podrá optar por la reducción del precio o la resolución del contrato (Art. 26.3, frase primera)⁷⁶.

No está claro cuando la reparación o sustitución será ilegal, aunque cabe considerar que ello solamente tiene lugar si existe una norma u orden administrativa que así lo establece⁷⁷ y, en cualquier caso, no nos parece que se pueda atribuir a la "ilegalidad" un alcance distinto a la "imposibilidad legal" a que hacen referencia algunos textos internacionales⁷⁸. Además, la imposibilidad de la reparación también puede tener lugar por falta de piezas de recambio o de taller de reparación por parte del vendedor.

Por su lado, la desproporcionalidad del esfuerzo a que hace referencia la primera frase del Art. 26.3 debe ser comparada con los costes de la reducción del precio o resolución del contrato, teniendo en cuenta la importancia de la falta de conformidad, pero no con la otra forma de exigir el cumplimiento recíprocamente⁷⁹. Así, en muchas ocasiones el coste de la reducción del precio

⁷⁴ § 439 I BGB. HOWELLS / SCHULZE (2009, p. 20), quienes opinan que no existe un debate suficiente para justificar un cambio de criterio.

⁷⁵ MICKLITZ (2009, pp. 75-79).

⁷⁶ Nótese que la resolución del contrato sólo procederá cuando la falta de conformidad no sea menor (Art. 26.3, segundo párrafo).

⁷⁷ Además, cabe interpretar restrictivamente la validez de las limitaciones a la reparación establecidas por vía contractual. TWIGG-FLESNER (2009, pp. 160-161).

⁷⁸ Cf. letra a) del Art. 7.2.2 Principios UNIDROIT.

⁷⁹ Compárese con la redacción del Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE.

será menor que la reparación, a menudo hasta el punto que la diferencia pueda ser considerada como excesiva y entonces el consumidor solamente podrá exigir la reducción del precio. En realidad, si la propuesta de Directiva prospera en este punto, la exclusión de la acción de cumplimiento en forma específica prevista por el Art. 26.3, frase primera podrá entrar en conflicto con el esquema de remedios previsto por la misma regulación, centrado en promover el cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa de conformidad con el contrato.

La posibilidad del vendedor de adoptar la decisión sobre el remedio de la falta de conformidad puede incentivar la actividad comercial intracomunitaria. Ahora bien, parte de la doctrina sostiene que la exclusión del consumidor en la adopción de las medidas resulta considerablemente contraria a sus intereses y no contribuirá a fomentar la compra de bienes en otros Estados miembros. Lejos de incentivar a los consumidores a tomar ventaja del mercado comunitario, la pérdida del nivel de protección alcanzado en la actualidad puede producir el efecto antagónico. De hecho, en estos momentos está por ver hasta qué punto la previsión del Art. 26.2 puede hacerse efectiva en el marco del propósito de armonización máxima de la norma comunitaria (Art. 4). Según esa opinión, el planteamiento actual excluye la posibilidad de los Estados miembros de adoptar disposiciones más favorables para los consumidores, por lo que la Directiva debería ofrecer un nivel de protección aceptable de sus intereses. En otro caso, a nuestro juicio, es probable que prevalezcan las actuales implementaciones de la Directiva 1999/44/CE⁸⁰.

En todo caso, la libertad del comerciante para adoptar alguna medida con el fin de hacer frente a la falta de conformidad, incluidas la reparación y sustitución, no es absoluta y puede decaer en algunos casos. El Art. 26.4 de la propuesta enumera distintas circunstancias en que la jerarquía de remedios es desplazada para dar al consumidor una libre opción entre los distintos remedios.

La primera situación se refiere a cuando el comerciante se ha negado implícita o explícitamente a remediar la falta de conformidad (letra a), caso que incluirá la ausencia de respuesta o ignorancia al requerimiento del consumidor (Considerando 42 de la propuesta). Entonces es el consumidor quien podrá exigir la reparación o sustitución de la cosa o cualquier otro remedio, si concurren los presupuestos necesarios. El criterio de la letra a) será relevante cuando el consumidor trata de resolver el problema sin involucrar a los órganos judiciales, por lo menos inicialmente, aunque resulta incierto cómo actuará el vendedor en esa situación. El comerciante puede, simplemente, negarse a adoptar un remedio, mas cuando el mismo cuestiona la falta de conformidad o el carácter defectuoso de la cosa, la situación resulta más complicada. Además, ¿qué ocurre cuando el comerciante sólo reconoce la falta de conformidad en un momento posterior, tras negarse a admitir la existencia del defecto inicialmente? ¿Entonces el consumidor tiene derecho a optar libremente por alguno de los remedios, o todavía es necesario actuar de acuerdo con los apartados 2 y 3 del Art. 26 de la propuesta? Sea como sea, la libre opción del consumidor entre las distintas medidas casi siempre deberá hacerse efectiva por vía judicial, pues si el vendedor se

⁸⁰ La norma provoca una desprotección del consumidor preocupante en una Directiva que pretende una armonización máxima (Art. 4). Así, TWIGG-FLESNER (2009, pp. 161-162), quien comenta los criterios que excluyen la reparación y sustitución en los términos expuestos.

ha negado una vez, parece improbable que admita remediar la falta de conformidad con posterioridad, por lo que la disposición puede resultar poco efectiva en la práctica⁸¹.

Otras situaciones que, según el Art. 26.4 de la propuesta, hacen decaer la libertad del comerciante para adoptar alguna medida se producen cuando: a) este sujeto no remedie la falta de conformidad dentro de un plazo razonable (letra b); b) el comerciante haya intentado remediar la falta de conformidad causando molestias importantes al consumidor (letra c); o c) cuando el mismo defecto reaparece más de una vez en un corto periodo de tiempo (letra d). Con relación a ello, el apartado 5 del Art. 26 aclara que para determinar cuándo un plazo es razonable o las molestias causadas al consumidor son importantes debe ser valorada la naturaleza de la cosa comprada o el propósito particular por el que el consumidor adquiere la cosa –en los términos de la letra b) del Art. 24 (2)–. Así, si el consumidor comunica que necesita la cosa para un acontecimiento concreto (por ejemplo, vestido de boda) y el vendedor lo acepta, la ausencia de remedio de la falta de conformidad para el acontecimiento mencionado debe ser tomada en consideración en aras a determinar si el vendedor se ha excedido de un plazo razonable y/o causado importantes molestias⁸².

La principal novedad se refiere a cuando el mismo “defecto” (sic) reaparece más de una vez en un breve periodo de tiempo (letra d). Aunque el precepto no concreta con qué frecuencia debe producirse la falta de conformidad, la expresión “reaparece más de una vez” (la cursiva es nuestra) sugiere que es a partir de la tercera vez en que la misma tiene lugar que el vendedor pierde la libertad para adoptar alguna medida, incluida la reparación de la cosa (cf. Considerando 42). Las dificultades surgen, sin embargo, para determinar si las distintas faltas de conformidad tienen lugar dentro de un breve periodo de tiempo. ¿Incluye ese requisito al electrodoméstico que se estropea y repara consecutivamente en tres ocasiones dentro de un periodo de tres meses?

En cualquier caso, las situaciones del apartado 4 del Art. 26 se corresponden principalmente con las previstas hasta el momento en otros textos como supuestos en que decae el deber del acreedor de tolerar un plazo adicional de cumplimiento, tras un rápido ofrecimiento del deudor para remediar la falta de conformidad denunciada (Art. 8:106 PECL, Art. III.-3:202 (2) y Art. III.-203 DCFR). Esa circunstancia se halla claramente vinculada al derecho del vendedor a subsanar la falta de conformidad del contrato.

Por consiguiente, todas las situaciones previstas por la propuesta que hacen decaer las medidas de la reparación y sustitución son de carácter *ex post*, como se deduce de las expresiones (“donde existe alguna de las situaciones siguientes”) y el tiempo verbal empleados por el mismo precepto.

⁸¹ *Ibid.* p. 163.

⁸² A partir del propósito por el que el comprador adquirió la cosa, pueden producirse situaciones en que tanto la reparación como sustitución de la cosa devienen imposibles y, a su vez, el carácter menor de la falta de conformidad excluye la resolución del contrato (Art. 26.3). En tales casos, el consumidor solamente puede optar por la reducción del precio, claramente insatisfactoria. *Ibid.* pp. 166-167.

De ahí que si finalmente la propuesta de Directiva supera los trámites legislativos, el consumidor no tendrá la posibilidad de optar por ningún remedio, ni siquiera cuando las circunstancias ponen de manifiesto que el vendedor no podrá poner fin a la falta de conformidad dentro de un tiempo razonable (por ejemplo, porque no existen piezas de recambio disponibles) y aquel sujeto deberá esperar a que transcurra el tiempo necesario. Asimismo, el intento de remediar la falta de conformidad del vendedor debe haber producido una molestia importante al consumidor de un modo efectivo, previsión que contrasta con el carácter preventivo con el que los textos vienen regulando la cuestión hasta el momento⁸³. Y, por último, la mayoría de supuestos que atribuyen la opción al consumidor entre las distintas medidas (por ejemplo, el vendedor se niega a remediar la falta de conformidad: letra a) del Art. 26.4) son situaciones en que el consumidor probablemente preferiría pagar a su costa la reparación encargada a un vendedor local que verse obligado a actuar en el marco de la propuesta de Directiva, por lo que existen algunas dudas acerca de la virtualidad práctica de la regulación⁸⁴.

2. La reparación y sustitución en los ordenamientos nacionales

Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno presentan diferencias importantes en lo que respecta a la regulación de la reparación y sustitución de la cosa defectuosa. La distinta tradición entre los países del *common law* y el derecho continental en el tratamiento de la acción de cumplimiento explica en parte la disparidad de criterios. Las actuales diferencias no tienen, sin embargo, solamente una explicación histórica, pues la jerarquía de remedios y presupuestos para el ejercicio de los remedios previstos por la Directiva 1999/44/CE (Art. 3.3) marcan el régimen de esas formas de exigir el cumplimiento y el carácter de mínimos de la norma comunitaria (Art. 8.2) ha permitido a los Estados miembros introducir modificaciones puntuales más favorables a los intereses del consumidor en el momento de su transposición. Esa circunstancia también ha contribuido a las actuales divergencias entre los ordenamientos nacionales. Además, como es sabido, la Directiva 1999/44/CE ha sido considerada por algunos países como un excelente pretexto para generalizar el régimen de responsabilidad del vendedor, mientras otros países han optado por extenderlo solamente a la compraventa de consumo y mantener la compraventa civil al margen de la regulación comunitaria.

2.1. Inglaterra

a. De la falta de tradición sobre la acción de cumplimiento a la coexistencia de dos esquemas de remedios del comprador

El derecho inglés tradicionalmente permite al consumidor rechazar cosas defectuosas y reclamar el completo reembolso de su importe. El rechazo debe producirse con rapidez suficiente y el derecho decae una vez el consumidor ha aceptado las cosas, circunstancia que tiene lugar, entre

⁸³ Véase, por ejemplo, el párrafo 3 del Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE.

⁸⁴ TWIGG-FLESNER (2009, p. 166).

otros supuestos, “tras el transcurso de un periodo de tiempo razonable”⁸⁵. Si ello sucede, entonces el consumidor únicamente está facultado para reclamar indemnización del daño. El Reino Unido es uno de los pocos Estados miembros de la Unión Europea que no se ha adherido al CISG y tales son las únicas medidas que la regulación pone a disposición del comprador. La situación origina un *case law* controvertido acerca de lo que significa “un tiempo razonable” para rechazar la cosa⁸⁶.

En ese contexto, las distintas formas de cumplimiento en forma específica, como la reparación y la sustitución de la cosa, son consideradas como medidas discrecionales concedidas por los tribunales solamente cuando la indemnización del daño resulta inadecuada en el caso concreto⁸⁷.

A esta situación se ha superpuesto en los últimos años el esquema de remedios trazado por la Directiva 1999/44/CE. La norma comunitaria se incorpora en el derecho inglés por medio de la *Sale and Supply of Goods to Consumer Regulations 2002*⁸⁸ que modifica la *Sale of Goods Act 1979* y la *Supply of Goods and Services Act 1982*. De ese modo, el consumidor puede solicitar inicialmente la reparación o sustitución de la cosa. Si la ejecución de las medidas resulta imposible o desproporcionada, o si la reparación o sustitución sólo pueden ser realizadas con un retraso no razonable o molestias significativas para el consumidor, éste puede optar por exigir la reducción del precio o resolución del contrato⁸⁹.

b. Últimas propuestas de la *Law Commission*: el dictamen *Consumer Remedies for Faulty Goods*

La actual situación legal ha devenido tan complicada que en diciembre de 2007 el *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR) planteó a la *Law Commission and Scottish Law Commission* una eventual reforma de los remedios disponibles para los consumidores cuando compran cosas que resultan no ser conformes con el contrato. Según el dictamen de la *Law Commission “Consumer Remedies for Faulty Goods”* publicado en noviembre de 2008, la coexistencia del derecho inglés tradicional con el régimen derivado de la Directiva 1999/44/CE dificulta la comprensión a los comerciantes y a los consumidores y genera conflictos innecesarios⁹⁰.

En el marco de la complicada interacción entre los distintos remedios, la actual regulación prevé

⁸⁵ Sección 35(4) *Sale of Goods Act 1979*.

⁸⁶ *Bernstein v. Pamson Motors Ltd.* [1987] 2 All ER 220 y *Clegg v. Olle Andersson* [2003] 1 All ER (Comm) 721.

⁸⁷ LANDO / BEALE (2000, pp. 399-400), quienes no obstante hacen notar que algunos principios empleados en el *common law* son seguidos en la redacción de las excepciones de las letras a) a d) del Art. 9:102 (2) y (3) PECL.

⁸⁸ SI 2002 Num. 3045.

⁸⁹ Parte 5A *Sale of Goods Act 1979*.

⁹⁰ LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, pp. 1-3.

la suspensión del plazo para la aceptación cuyo transcurso hace decaer el derecho a rechazar la cosa mientras la cosa está siendo reparada⁹¹. De acuerdo con la subsección 6 (a) de la Sección 35 *Sale of Goods Act 1979*, “[e]n virtud de esta sección no se considera que el comprador ha aceptado los bienes por el mero hecho de solicitar, o acordar, su reparación con el vendedor”⁹². Ello no excluye sin embargo la posibilidad de considerar que el comprador ha aceptado la cosa no conforme con arreglo a todas las circunstancias del caso, incluida la solicitud de reparación o el periodo de tiempo transcurrido para llevar a cabo dicha reparación⁹³. Asimismo, es posible el rechazo de la cosa tras la reparación, si el vendedor se niega a explicar al consumidor cuál era el defecto y el consumidor expresa su interés en conocer esa información antes de la reparación⁹⁴. Ahora bien, el comprador que solicita la reparación de la cosa deberá dar al vendedor un tiempo razonable para ejecutar el remedio y no podrá cambiar de opinión inmediatamente y rechazar la cosa⁹⁵.

Así las cosas, el mencionado dictamen de la *Law Commission* propone mantener el derecho a rechazar la cosa defectuosa como remedio a corto plazo disponible en primer lugar para los consumidores, tras analizar el impacto que tendría su eventual supresión en términos económicos y en la confianza del consumidor. El organismo se muestra partidario de establecer un plazo de 30 días para su ejercicio, a contar desde la fecha de adquisición, entrega o cumplimiento del contrato, con el propósito de poner fin a la incertidumbre de lo que constituye un “tiempo razonable” en el ejercicio del derecho⁹⁶.

El dictamen se pronuncia también acerca de una eventual nueva articulación de los dos regímenes de medidas coexistentes en el derecho inglés, al proponer provisionalmente una mejor integración de los remedios de la *Sale of Goods Act 1979* y de la Directiva 1999/44/CE en un único instrumento a partir del empleo del concepto de rechazo (*rejection*). Así, la *Law Commission* considera que una nueva *Sale of Goods Act* podría permitir al consumidor rechazar la cosa defectuosa y otorgarle una opción entre tres posibles remedios en primer lugar: la resolución y consiguiente reembolso de todas las cantidades en un plazo de 30 días –el derecho a rechazar la cosa propiamente dicho– o, alternativamente, la reparación o sustitución de la cosa. Según el documento, el derecho a rechazar la cosa debería cesar una vez el consumidor hubiera aceptado

⁹¹ Secciones 35 (6) a y 48 D *Sale of Goods Act 1979*.

⁹² Esa subsección fue insertada por la *Sale and Supply of Goods Act 1994* con el fin de aclarar la cuestión. Dicha disposición solamente se aplica a acuerdos con el vendedor para reparar la cosa y no cuando el comprador encomiende la reparación a un tercero (por ejemplo, el fabricante de una máquina lavadora).

⁹³ *Bernstein v. Pamson Motors Ltd.* [1987] 2 All ER 220; *Clegg v. Andersson* [2003] EWCA Civ 320; [2003] 1 All ER (Comm) 721; *Jones v. Callagher* [2004] EWCA Civ 10; [2005] 1 Lloyd's Reports 377. Entre la doctrina, BRADGATE (2004, p. 559).

⁹⁴ *J & H Richie Ltd v. Lloyd Ltd.* 2007 SC (HL) 89; [2007] 1 WLR 670; [2007] 2 All ER 353.

⁹⁵ Sección 48 D *Sale of Goods Act 1979*.

⁹⁶ LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, pp. 80-99.

la reparación. Además, si el vendedor no puede llevar a cabo la reparación o sustitución sin molestias considerables para el consumidor o en un plazo razonable, el consumidor debería estar facultado para optar por un segundo grupo de medidas: la resolución del contrato o la reducción del precio⁹⁷.

En definitiva, el mantenimiento del derecho a rechazar la cosa constituye una manifestación más de la tendencia del *common law* a considerar que cuando la cosa vendida no es conforme con el contrato, la relación contractual debería poder ser finalizada lo antes posible⁹⁸.

En esa línea, la *Law Commission* valora como insuficiente la disposición añadida por la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor, que permite al consumidor acudir al segundo grupo de remedios cuando “el comerciante ha rehusado implícita o explícitamente remediar la falta de conformidad” (letra a) del Art. 26.4). Bajo el punto de vista del organismo, el concepto de rechazo implícito no es un test suficientemente claro para cubrir todas las circunstancias que justificarían acceder al segundo grupo de remedios. En ese sentido, la *Law Commission* propone que la regulación especifique otras dos circunstancias en que el consumidor debería estar facultado para resolver el contrato directamente: a) cuando la cosa es percibida como peligrosa por parte del consumidor⁹⁹; y b) cuando el vendedor se ha comportado de un modo tan irrazonable que socava la confianza del consumidor. Ello ocurrirá, por ejemplo, si el vendedor se retrasa deliberadamente al responder la correspondencia o facilitar información, o se niega a dar explicaciones acerca del defecto a pesar de la insistencia del comprador¹⁰⁰.

Asimismo, la *Law Commission* aprovecha la ocasión para sugerir algunas reformas en la actual regulación con el fin de superar ciertas ambigüedades terminológicas de la Directiva 1999/44/CE. Así, ese organismo propone provisionalmente que la Directiva que reemplace a la norma comunitaria permita al consumidor acudir al segundo grupo de remedios, la reducción del precio o la resolución del contrato, tras sucederse dos reparaciones fallidas de la cosa. En opinión de la *Law Commission*, esa previsión evitaría situaciones en las que el consumidor se ve atrapado en un ciclo de reparaciones, con los consiguientes inconvenientes. Además, el dictamen también juzga oportuna la promoción de mecanismos de *soft law* que permitan al consumidor resolver el contrato tras una primera reparación fallida en el caso de una cosa de uso diario, o incluso inmediatamente si se trata de una cosa esencial¹⁰¹, a menos que el vendedor reduzca las

⁹⁷ La resolución incluida en el segundo grupo de medidas podría ser vista como un *revival* del derecho al rechazo de la cosa defectuosa: *Ibid.* pp. 113-115.

⁹⁸ Por el contrario, el Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE se alinea con el derecho continental, procura conseguir que las partes continúen soportando sus obligaciones y pone énfasis en permitir al vendedor corregir la falta de conformidad de la cosa con el fin de asegurar el cumplimiento del contrato inicial.

⁹⁹ Por ejemplo, una fallida de los frenos en un coche nuevo.

¹⁰⁰ LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, pp. 105-106.

¹⁰¹ Por ejemplo, una silla de ruedas.

molestias al consumidor, por ejemplo, ofreciendo una sustitución provisional de la cosa¹⁰².

2.2. Alemania

a. La acción de cumplimiento antes de la reforma del BGB

Como ocurre generalmente en el derecho continental, Alemania ha reconocido tradicionalmente el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento del contrato. Aunque el BGB no lo establezca expresamente, el derecho adquiere preferencia frente a la indemnización del daño y los órganos judiciales carecen de discrecionalidad cuando se trata de declarar su procedencia y su ejecución¹⁰³.

Sin embargo, con anterioridad a la transposición de la Directiva 1999/44/CE, el BGB regula la compraventa de un modo bastante desfasado y alejado de la práctica jurídica. Así, el derecho del comprador a exigir el cumplimiento en forma específica solamente puede tener lugar antes de la entrega de la cosa. A partir de la entrega de la cosa empieza a regir un sistema especial de responsabilidad del vendedor basado en la garantía de sanear los defectos, con independencia de la existencia de incumplimiento contractual, procedente de las acciones edilicias del derecho romano. Frente a la entrega de la cosa defectuosa, el sistema permite al comprador exigir al vendedor la reducción del precio o, en su caso, la resolución del contrato en un plazo de seis meses (anteriores §§ 459, 462 BGB) pero no el cumplimiento. La regulación alemana se centra en la compraventa de cosa específica y las medidas de reparación o sustitución de la cosa no son contempladas legalmente, aunque las mismas a menudo son acordadas por las partes¹⁰⁴. Al respecto, la regulación de la compraventa de cosa genérica solamente prevé que el comprador tiene derecho a exigir la entrega de una cosa sin defectos (anterior § 480 BGB).¹⁰⁵

Esa situación normativa cambiará radicalmente con la incorporación de la Directiva 1999/44/CE en el derecho alemán.

¹⁰² Asimismo, la *Law Commission* propone provisionalmente un reinicio del cómputo del plazo de seis meses de inversión de la carga de la prueba del defecto tras la entrega de los bienes después de la reparación. LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, pp. 104 y 109.

¹⁰³ SCHWENZER (1999, p. 290); LANDO / BEALE (2000, p. 400).

¹⁰⁴ Entre los inconvenientes que presenta la anterior regulación alemana, destaca la brevedad del plazo de ejercicio de las acciones, circunstancia que llevó a los tribunales a aplicar el derecho de daños en ciertas ocasiones porque sus normas preveían un plazo superior. Vide HÖLLAND (2006, pp. 72-73).

¹⁰⁵ Por el contrario, no existe ninguna obligación del comprador de facilitar al vendedor el cumplimiento en forma específica. BITTER / MEIDT (2001, p. 2115).

b. Algunos debates doctrinales surgidos a raíz de la transposición de la Directiva 1999/44/CE

Como es sabido, en 2002 Alemania acometió la tarea de implementar la Directiva 1999/44/CE como una oportunidad para actualizar la regulación de la compraventa, tras el largo proceso de reforma iniciado en 1979. Mediante la Ley de modernización del derecho de obligaciones, de 26 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), se llevó a cabo una reforma de calado que incorporó la regulación especial de protección de los consumidores en el BGB. De ese modo, el régimen previsto por la norma comunitaria se generaliza y deviene aplicable tanto a la compraventa civil como la compraventa de consumo.

Ahora la frase segunda del § 433 I BGB establece que el vendedor debe facilitar una cosa al comprador libre de defectos. La norma se inspira en la noción de falta de conformidad de la Directiva 1999/44/CE y significa que el incumplimiento contractual se erige en elemento esencial del sistema de responsabilidad del vendedor¹⁰⁶. Con la reforma de la regulación de la compraventa, la acción de cumplimiento puede tener lugar con posterioridad a la entrega de la cosa. Más concretamente, si la cosa es defectuosa, el comprador podrá reclamar, a su elección, la reparación de la cosa o la sustitución por otra cosa libre de defectos (§§ 437 y 439 I BGB). Entonces el vendedor asume todos los gastos necesarios para remediar el defecto, en particular el transporte, la mano de obra y los costes de materiales (§ 439 Abs. 2).

En línea con la Directiva 1999/44/CE, la nueva regulación prevé que el comprador debe soportar la reparación o sustitución de la cosa si concurren los presupuestos correspondientes y no puede ejercer otros derechos¹⁰⁷, ni siquiera cuando carece de todo interés en esa pretensión¹⁰⁸. Por su lado, el vendedor puede oponerse al cumplimiento en forma específica escogido por el comprador si solamente es posible a un coste desproporcionado (frase primera del § 439 III BGB). Entonces la reclamación del comprador queda restringida a la forma de exigir el cumplimiento alternativa y el vendedor, en su caso, también puede rechazarla en los mismos términos¹⁰⁹.

En realidad, la adopción del sistema de la Directiva 1999/44/CE ha permitido resolver viejos problemas pero también ha suscitado importantes debates, en parte por apartarse de la doctrina tradicional.

¹⁰⁶ HÖLLAND (2006, pp. 72-73), para quien la frase segunda del § 433 I BGB debilita la clásica distinción entre compraventa de cosa específica y compraventa de cosa genérica.

¹⁰⁷ Cf. anterior § 480 BGB.

¹⁰⁸ Así ocurre, por ejemplo, si el comprador ha hecho un mal negocio o disminuye notablemente el precio de mercado de la cosa. Con relación al proyecto de ley de reforma del BGB, BITTER / MEIDT (2001, p. 2115).

¹⁰⁹ Por lo demás, el § 439 IV BGB establece que si el vendedor facilita una cosa libre de defectos con el fin de remediar un incumplimiento, entonces puede reclamar la devolución de la cosa defectuosa de acuerdo con los §§ 346 a 348 BGB.

Así, existe división de opiniones en cuanto a si el comprador puede exigir el cumplimiento en forma específica mediante la entrega de una cosa libre de defectos, de conformidad con §§ 437 número 1, 439 I BGB, en la compraventa de cosa específica. Se trata de una problemática que afecta tanto a cosas nuevas como de segunda mano, susceptibles o no de reparación. Desde un planteamiento basado en la dogmática tradicional, en tales casos no cabe la sustitución de la cosa porque en ese tipo de compraventa solamente la cosa no conforme es objeto del contrato, mientras que las normas obligan al comprador a entregar un *aliud*. Sin embargo, en el derecho alemán también ha proliferado una opinión favorable al reconocimiento de la sustitución en la compraventa de cosa específica, con base en distintos argumentos. Así, existe una interpretación literal del § 439 I BGB que pone énfasis en que el precepto prevé la facultad del comprador de exigir la entrega de “una” cosa –y no “la” cosa– libre de defectos¹¹⁰. En la misma línea, otros autores hacen hincapié en la sistemática utilizada pues, a diferencia de la regulación anterior a la reforma, la ley –en particular, el § 439 I BGB– establece la obligación del vendedor de entregar la cosa libre de defectos sin distinguir entre ambos tipos de compraventa; e incluso, en contra de la dogmática tradicional, se ha empleado un argumento basado en la necesidad de realizar una interpretación conforme a la Directiva 1999/44/CE que, como se ha señalado, tampoco realiza la distinción (Arts. 3.3 y 3.2) y, además, admite implícitamente la sustitución de cosas de segunda mano (Considerando 16.^o)¹¹¹.

Esa línea doctrinal se ha planteado, incluso, cuáles son los presupuestos y límites del ejercicio del derecho a la sustitución en una compraventa de cosa específica. Así, la noción de cosa fungible del § 91 BGB ha sido tomada en consideración para evaluar la adecuación objetiva de una cosa por otra¹¹², mientras otros autores prefieren establecer un criterio basado en la voluntad de las partes. En ese sentido, habrá casos en que la sustitución debe ser considerada como imposible porque el comprador está interesado en una cosa concreta¹¹³, mientras que en otros puede

¹¹⁰ Vide OLG Braunschweig, 4.2.2003-8W 83/02 (JZ 2003, p. 863), relativa a la compra de un vehículo de segunda mano modelo Seat Ibiza que no dispone de un sistema de frenos ABS ni del número de airbags acordados, comentada por HÖLLAND (2006, pp. 73-77).

¹¹¹ Por todos, CANARIS (2003, p. 833), para quien si el legislador hubiera querido aplicar el § 439 BGB únicamente a la compraventa de cosa genérica, así lo debería haber establecido. Los argumentos contrarios a la sustitución se basan, en cambio, en los materiales prelegislativos de la reforma, los cuales señalan que “el cumplimiento posterior no es posible para ninguna compraventa de cosa específica” (“Nacherfüllung nicht bei jedem Stückkauf möglich ist”), así como que “en la compraventa de una cosa de segunda mano [...] desde un principio una entrega posterior apenas será admitido” (“beim Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache [...] eine Nachlieferung zumeist von vornherein ausscheiden wird”). En la misma línea también han sido empleadas constantes referencias a los comentarios al Art. 46.2 CISG como argumentos de autoridad, aunque los materiales prelegislativos de la reforma no se remiten a ese precepto y, además, su interpretación no está exenta de polémica. Véase BITTER / MEIDT (2001, p. 2119), quienes sostienen que el cumplimiento en forma específica sólo será imposible en los términos previstos por el § 439 I BGB cuando el vendedor no pueda proporcionar una cosa sin defectos de la misma especie que la debida.

¹¹² HÖLLAND (2006, p. 75).

¹¹³ BITTER / MEIDT (2001, p. 2120).

suceder lo contrario. Además de concurrir esa voluntad, se ha considerado que la sustitución es admisible en la compraventa de cosa específica cuando exista otra cosa del mismo valor y la misma especie¹¹⁴. Esa parte de la doctrina sostiene que el reconocimiento de un derecho a la sustitución puede favorecer los intereses tanto del comprador como del vendedor, puesto que permite disponer de una alternativa a la reparación en el marco de la actual regulación (§§ 439 I y III BGB) cuando la cosa es susceptible de ello, así como rechazar la resolución del contrato (§§ 437, número 2 y 323 BGB) como remedio subsidiario¹¹⁵.

Otra elaboración doctrinal ha tenido lugar en torno a la cuestión sobre qué cabe entender por “coste desproporcionado”¹¹⁶. A estos efectos, la regulación alemana establece que debe tomarse en consideración en particular, sin limitación, el valor de la cosa libre de defectos, la importancia del defecto, así como si se puede acudir a la otra forma de cumplimiento específico sin causar un perjuicio sustancial al comprador (§ 439 III BGB, frase segunda). La doctrina ha estudiado las dificultades de ponderar tales criterios entre sí. Con relación a ello, algunos autores han señalado que el valor de la cosa libre de defectos debe corresponder con el valor de mercado —y no el precio de la compraventa— y existe una opinión partidaria de introducir un correctivo cuando el coste de la reparación o sustitución supera en un 150 por 100 el valor de la cosa sin defectos, o bien un 200 por 100 el valor del defecto, con base en el criterio de la “importancia del defecto”. Según esa interpretación, si ni el coste de la reparación ni el de la sustitución de la cosa resultan desproporcionados tras la primera valoración, entonces cabe comparar tales costes entre sí y una diferencia superior a un 10 por 100 puede resultar relevante. Además, aunque la regulación en ningún momento hace referencia al comportamiento de los contratantes, parte de la doctrina entiende que la desproporción debe ser excluida cuando concurra falta de previsión del vendedor en la ejecución de la reparación o sustitución de la cosa¹¹⁷.

En fin, los tribunales también han tenido que pronunciarse sobre otras cuestiones problemáticas no resueltas por la actual regulación alemana. Así, por ejemplo, la STJCEE 17.4.2008 [Asunto C-404/06: “*Quelle AG*” c. “*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*”], declara

¹¹⁴ Así, CANARIS (2003, p. 835), para quien el mismo valor asegura la relación de equivalencia del contrato, mientras que la igualdad de especie resulta del principio de autonomía de la voluntad, conforme al que cada contratante puede determinar el objeto contractual de la manera juzgada como más conveniente. Vide § 119 I BGB. Según la misma opinión, la sustitución en la compraventa de cosa específica puede tener lugar incluso cuando el vendedor entrega al comprador un ejemplar falsificado de una obra de arte, supuesto en que también será de aplicación el § 439 I BGB. Asimismo, el autor señala que en la interpretación de la voluntad contractual cabe preguntarse, con carácter orientativo, si se trata de un contrato similar a una compraventa de cosa genérica desde un punto de vista funcional y económico, como sucede a menudo en la fabricación de bienes nuevos, y si la cosa con la que se sustituye pertenece al género y es de un género y calidad medios en los términos previstos por el § 243 I BGB.

¹¹⁵ *Ibid.* pp. 832-833.

¹¹⁶ Véanse los límites a la proporcionalidad propuestos por BITTER / MEIDT (2001, pp. 2114-2124). También hace referencia a esta cuestión, HÖLLAND (2006, pp. 76-77).

¹¹⁷ BITTER / MEIDT (2001, pp. 2120-2124).

que el vendedor que entrega bienes no conformes no puede exigir al consumidor compensación por el uso que ha tenido lugar de tales bienes hasta el momento de su sustitución por bienes nuevos¹¹⁸.

Con todo, la regulación alemana introduce algunas aclaraciones al sistema previsto por la Directiva 1999/44/CE. Así, el comprador no debe esperar un período de tiempo para resolver el contrato si el vendedor rechaza llevar a cabo ambas formas de cumplimiento específico, la reparación y la sustitución, o si el remedio al que tiene derecho el comprador ha fallado o este sujeto no puede esperar razonablemente que tenga lugar (§ 440 S. 1)¹¹⁹. Además, la misma regulación señala que la reparación es considerada como fallida después de un segundo intento sin éxito, a menos que la naturaleza de la cosa o el defecto u otras circunstancias lleven a una conclusión distinta (§ 440 S. 2). Sin duda, esas previsiones harán disminuir los supuestos en que el consumidor pueda verse atrapado en un ciclo de reparaciones.

2.3. España

a. La pretensión de cumplimiento frente a una cosa defectuosa en la compraventa civil y mercantil: doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Los derechos a la reparación y sustitución de la cosa defectuosa tradicionalmente han carecido de reconocimiento legal en el derecho español. La regulación de la compraventa solamente contempla el saneamiento por vicios ocultos (Arts. 1484 y ss. CC) en tales casos. Las normas del derecho de obligaciones prevén distintas formas de ejecución forzosa según se trate de una obligación de dar cosa determinada (Art. 1096 I CC), obligación de dar “cosa indeterminada o genérica”, hacer y no hacer (Arts. 1096 II, 1098 y 1099 CC), obligación recíproca (Art. 1124 II CC), sin hacer referencia explícita a la reparación y sustitución de la cosa defectuosa¹²⁰.

La falta de regulación no significa, sin embargo, que el comprador no disponga como regla general de las medidas estudiadas. Lo que ocurre es que predomina una noción abstracta de la acción de cumplimiento, centrada en el deber de prestación del deudor, mientras que la reparación o la sustitución de la cosa son formas de exigir el cumplimiento específico que exceden los límites estrictos de ese deber¹²¹. Tales remedios son objeto de escaso desarrollo

¹¹⁸ Para otras sentencias alemanas sobre la materia, puede consultarse la “EU Consumer Law Acquis Database” (<http://www.eu-consumer-law.org/>; fecha de consulta: 28.4.2009).

¹¹⁹ La falta de razonabilidad puede producirse cuando el comprador pierde la confianza en el vendedor, como sucede cuando el deudor pone en cuestión la falta de conformidad. BITTER / MEIDT (2001, p. 2117).

¹²⁰ Ni siquiera las más recientes normas procesales en materia de ejecución forzosa de la obligación de hacer de carácter personalísimo (Arts. 699 y 709 LEC) hacen referencia a la reparación y sustitución. Además, el Art. 1098 CC y los Arts. 699, 705 y 706 LEC no facultan al comprador a llevar a cabo la reparación o sustitución a costa del vendedor. Sobre el alcance de esas normas en general, CARRASCO PERERA (2006, pp. 6 y 10-12).

¹²¹ MORALES MORENO (2005, pp. 266-268), quien contrasta el derecho tradicional de la garantía por vicios ocultos

doctrinal hasta mediados de la década de los noventa¹²², por estar relacionados más bien con la idea de lograr poner la cosa en conformidad con el contrato. La reparación y sustitución de la cosa se reconoce legalmente en la compraventa internacional de mercaderías (Art. 46 CISG) pero la doctrina prácticamente se limita a señalar que la pretensión de cumplimiento requiere la posibilidad de prestación, hasta el momento de la incorporación de la Directiva 1999/44/CE (Art. 3.3).

El mismo planteamiento rige también con respecto a las reglas especiales de la compraventa mercantil, pues el Art. 342 Ccom no especifica cuáles son las acciones disponibles para el comprador en caso de defectos ocultos en la cosa vendida y la regulación de los defectos aparentes (Art. 336 III Ccom) únicamente se refiere a una genérica y abstracta acción de cumplimiento.

Así las cosas, las medidas de reparación y reparación de la cosa en el derecho español se configuran básicamente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. A partir de una importante discrecionalidad, el Alto Tribunal somete el ejercicio de esos remedios a un juicio de razonabilidad, particularmente en sede del contrato de obra¹²³, con base en las exigencias de un ejercicio de los derechos de buena fe (Art. 7.1 CC) y sin carácter abusivo (Art. 7.2 CC)¹²⁴. Así, los tribunales admiten el derecho del comprador a ser indemnizado por el daño a pesar de haber reclamado el cumplimiento, por resultar más razonable en términos de costes o eficiencia económica en las circunstancias del caso¹²⁵. En otras ocasiones las sentencias declaran que el comprador no puede reclamar la reparación o sustitución de la cosa y, a su vez, otras medidas que resultan incompatibles, como la resolución del contrato. Todo ello tiene lugar sin que se consolide una línea jurisprudencial específicamente relacionada con la compraventa.¹²⁶

de los sistemas continentales con el planteamiento del CISG y la Directiva 1999/44/CE.

¹²² MARTÍN PÉREZ (1989, pp. 272-298).

¹²³ Concerniente al contrato de obra, se plantea ante los tribunales el carácter excesivo de la reparación de defectos constructivos que conlleva la demolición del edificio. Sobre la reparación de la cosa y la responsabilidad decenal de los agentes de la edificación, véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2006, pp. 33-34), con comentario a la STS 20.12.2004 [RJ 2004\8131] y sentencias allí citadas; también, sobre la materia, CARRASCO PERERA (2006, pp. 1-27).

¹²⁴ Ello está en sintonía con una autorizada opinión doctrinal conforme a la que el deudor, excepcionalmente, podrá oponerse con éxito a la pretensión de cumplimiento específico cuando, conforme a la buena fe (Art. 7.1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le es exigible por concurrir los requisitos de la figura de la "excesiva onerosidad de la prestación", o cuando el ejercicio de dicha pretensión debe considerarse abusivo (Art. 7.2 CC) porque el coste del cumplimiento resulta absolutamente desproporcionado con respecto a la utilidad que tendría para el acreedor en comparación con otros posibles remedios: vide PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1046).

¹²⁵ La alternativa de la indemnización del daño tendrá cabida cuando el cumplimiento no resulta razonable en términos de costes o eficiencia económica. Así, MORALES MORENO (2006, pp. 68-70), con cita, por ejemplo, de la STS 2.7.1998 [RJ 1998\5123].

¹²⁶ Véase la STS 24.4.2000 [RJ 2000\2983]. Con base en el propósito de conservar el contrato y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su incumplimiento inicial, la jurisprudencia da preeminencia al cumplimiento en forma

Asimismo, el Tribunal Supremo desarrollada la doctrina del “retraso desleal” en el ejercicio de los derechos (así, por ejemplo, STS 28.11.2005 [RJ 2006\1233]) que, sin duda, puede aplicarse a la reparación y sustitución de cosas en la compraventa sobre la base de la buena fe contractual. De ese modo, la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo moderniza hasta cierto punto la materia, aunque con un alcance más modesto y fragmentario que en otros ámbitos del derecho de obligaciones¹²⁷.

b. La reparación y sustitución en la compraventa de consumo y el futuro de las medidas en el derecho español: el anteproyecto de ley de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos

El auténtico avance en el derecho español se produce a raíz de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, mediante la aprobación de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante, LGVBC)¹²⁸. Como es sabido, el legislador español se limita a seguir el esquema diseñado por la norma comunitaria y no acomete la tarea de reformar la regulación de la compraventa del Código civil. A pesar de la propuesta de anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa presentado por la Comisión General de Comisión en 2005¹²⁹, la situación se ha mantenido hasta la actualidad, en que la regulación ha sido incorporada en el libro segundo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (arts. 150 a 165) (en adelante,

específica. Sobre la compatibilidad con la acción de indemnización del daño, STS 10.6.1983 [RJ 1983\3454]. La reparación *in natura* de los defectos constructivos en el contrato de obra ha recibido mayor atención del Tribunal Supremo: vide, por ejemplo, la STS 10.3.2004 [RJ 2004\898], comentada por FEMENÍA LÓPEZ (2004, pp. 1239-1256), la STS 16.2.1996 [RJ 1996\1879] y la STS 20.12.2004 [RJ 2004\8131], antes mencionada, comentada por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2006, pp. 27-32 y 34-39).

¹²⁷ Los textos de derecho privado europeo y de derecho uniforme han sido invocados en pocas ocasiones por los tribunales españoles en lo concerniente a la reparación y sustitución de la cosa. Véase, por ejemplo, la STSJ Comunidad Foral de Navarra 6.10.2003 [RJ 2003\8687], con mención del requisito de exigir el cumplimiento específico de la obligación contractual dentro de un plazo razonable, previsto por el Art. 9:102 (3) PECL; o la SAP Navarra 27.3.2000 [AC 2000\1123], que aplica el Art. 46.3 CISG al entender que el comprador no puede exigir la reparación por no realizar ninguna comunicación sobre el aparato electrodoméstico calentador-enfriador defectuoso dentro de un plazo razonable. Sin hacer hincapié en esas medidas concretas, ROCA TRÍAS / FERNÁNDEZ GREGORACI (2009, pp. 47 y 57-58) se refieren a la actividad modernizadora del derecho de obligaciones llevada a cabo por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante la aplicación de los PECL y los Principios UNIDROIT, con el fin de reforzar una interpretación acorde con su doctrina más reciente, integrar el derecho español o explicar ciertos conceptos legales.

¹²⁸ BOE núm. 165, de 11.7.2003.

¹²⁹ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1988, mayo 2005, pp. 108-124. Véase la redacción de los Arts. 1482 a 1484 del Código civil prevista por el Art. 2 del anteproyecto. El texto pretendió modernizar la regulación de la compraventa a la luz del CISG y la Directiva 1999/44/CE. Véase FENOY PICÓN (2006, pp. 213-245).

TRLGDCU)¹³⁰.

La gran mayoría de estudios doctrinales españoles en torno a las medidas de la reparación y sustitución se publica a partir de la Directiva 1999/44/CE. En ausencia de una doctrina consolidada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por lo que se refiere a la interpretación de los Arts. 4 a 6 de la Ley 23/2003 y, posteriormente, los Arts. 118 a 120 TRLGDCU, tales estudios adquieren particular interés. A ello cabe añadir hoy, además, la propuesta de anteproyecto de ley modernizadora del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección del Derecho Civil de la Comisión General de Codificación¹³¹.

Esa propuesta aboga por actualizar la regulación del Código civil incorporando la normativa especial de protección de los consumidores, habida cuenta de las constantes críticas de la doctrina en cuanto a la técnica empleada en los últimos veinte o veinticinco años por el legislador español para implementar normas comunitarias sobre la materia¹³². La propuesta alcanza a la regulación de la compraventa, pues el Art. 2 modifica la redacción de los Arts. 1452, 1460, primer párrafo, 1501-3º y 1503, segundo párrafo, del Código civil. En consecuencia, si la propuesta prospera legislativamente algunas normas se generalizarán y devendrán aplicables tanto a la compraventa civil como la compraventa de consumo¹³³. La actualización prevista por lo que se refiere a la reparación y sustitución de la cosa resultará de la modificación de las normas del Código civil en materia de incumplimiento y, en particular, de la acción de cumplimiento, las cuales a nuestro juicio cabe considerar aplicables a la compraventa mientras no exista regulación específica¹³⁴. Así,

¹³⁰ BOE núm. 287, de 30.11.2007. El Gobierno español ha resuelto que las disposiciones de la Ley 23/2003 dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios incidían en aspectos regulados por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24.7.1984), por lo que ha refundido ambas normas en un único texto. El TRLGDCU no podía traspasar los estrechos márgenes de maniobra resultantes de la delegación legislativa (art. 82.2 CE) que plantea un texto refundido (véase el alcance de la autorización al Gobierno de la Disposición Final 5.ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios; BOE núm. 312, de 30.12.2006). Aun así, en nuestra opinión el Gobierno ha desaprovechado una buena oportunidad para realizar algunas aclaraciones de menor alcance en la regulación de la reparación y sustitución de la cosa en la compraventa. Una cosa similar ha sucedido, por ejemplo, con respecto a la regulación de los viajes combinados: véase BECH SERRAT (2008, pp. 55-96).

¹³¹ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero 2009, pp. 1-73.

¹³² Véase, por todos, GARCÍA RUBIO (2003, pp. 1530 y 1525) y ROCA TRÍAS / FERNÁNDEZ GREGORACI (2009, p. 46). Compárese con el planteamiento de CILLERO DE CABO (2001, pp. 157 y 159).

¹³³ Con anterioridad, una parte de la doctrina española se ha mostrado partidaria de unificar el régimen de la compraventa a partir del criterio marcado por la Directiva 1999/44/CE: vide, por ejemplo, MORALES MORENO (2003, p. 1640).

¹³⁴ Dicha aproximación supone una importante modernización del régimen legal de la acción de cumplimiento, pues el criterio de la falta de conformidad es introducido con respecto a la “reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución [...] por otra [prestación] conforme a lo pactado [...]” (Art. 1193). Además, la propuesta de anteproyecto de ley procura organizar armónicamente los remedios (Art. 1190 CC) y, en fin, lo que también resulta muy importante, según la redacción dada al Art. 1193, “[e]l derecho del

según la redacción dada al párrafo segundo del Art. 1192, “[e]n las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: 1.º [t]al prestación sea jurídica o físicamente imposible; 2.º [e]l cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor; 3.º [l]a pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe; 4.º [l]a prestación sea personal del deudor”.

Con base en esos materiales, la última parte del trabajo apunta la posibilidad de revisar algunos aspectos de la reparación y sustitución en el derecho español en unos mismos términos para todas las compraventas, civil, mercantil y de consumo. Sin ánimo exhaustivo, las cuestiones han sido seleccionadas por considerar que en estos momentos resultan especialmente problemáticas a la luz de los textos internacionales analizados y el estudio realizado sobre el derecho inglés y el derecho alemán, sin perjuicio de un mayor desarrollo en otro trabajo. El tratamiento presupone que no existe justificación alguna para mantener la actual dualidad de regímenes en la compraventa, al menos a la vista de las medidas objeto de estudio.

(i) La sustitución en la compraventa de cosa específica o de segunda mano

Al tratar sobre el alcance que cabe atribuir a las excepciones a la aplicación de las formas de exigir el cumplimiento, antes de transponer la Directiva 1999/44/CE la doctrina española suele considerar imposible la sustitución en la compraventa de cosa específica¹³⁵, aunque las opiniones se encuentran divididas por lo que se refiere a si cabe sustituir cosas de segunda mano. Desde un planteamiento basado en la dogmática tradicional, en tales casos no cabe la sustitución porque en ese tipo de compraventa solamente la cosa no conforme es objeto del contrato, mientras que las normas de la reparación y sustitución obligan al comprador a entregar un *aliud*¹³⁶. En contra, otra parte de la doctrina se muestra favorable a admitir la sustitución de cosas de segunda mano de modo excepcional, con base en una interpretación conforme con el Considerando 16.º de la

acreedor al cumplimiento comprende [...] la reparación o rectificación de la prestación ejecutada o su sustitución por otra [...]”. La última previsión normativa resulta claramente novedosa con respecto a la actual regulación (Arts. 1096, 1098, 1099, 1124 II y Arts. 699 y 709 LEC).

¹³⁵ Antes de la aprobación de la Ley 23/2003, VERDA (2002, pp. 145-146) entiende que “la sustitución será imposible cuando el bien vendido sea una cosa específica, siendo éste un remedio jurídico pensado para las cosas genéricas, respecto de las cuales el comprador puede también pedir la reparación, siempre que ello no resulte desproporcionado”; con posterioridad, véase también MORALES MORENO (2005, p. 270), para quien la posibilidad de sustitución de la cosa en la venta específica dependerá del concepto de obligación empleado. Según el autor, si la venta es de cosa específica y las partes establecen ese carácter en interés del comprador, el vendedor no podrá cumplir dando una cosa distinta de la debida; también, REYES LÓPEZ (2005, p. 196), para quien la sustitución “sólo será válida en los casos de bienes consumibles, sustituibles o intercambiables unos por otros de la misma especie y calidad, según acepción recogida en los arts. 1452.2; 1196.2; 1753 ...”.

¹³⁶ Una parte de la doctrina entiende que los bienes de segunda mano no pueden compartir un régimen común al de los bienes nuevos, por no concurrir en los mismos el carácter fungible con respecto a los demás de su serie. Con anterioridad a la aprobación del Art. 3.1 LGVBC, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARTÍNEZ ESPÍN (2000, p. 126-127).

Directiva 1999/44/CE¹³⁷.

Por lo que se refiere a la compraventa de consumo, el legislador español ha optado por excluir expresamente de la sustitución los “productos no fungibles” y los “productos de segunda mano” (letra g) del anterior Art. 6 de la Ley 23/2003; actual letra g) del Art. 120 TRLGDCU); mientras que la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos –que, como se ha señalado, se pretende aplicar también a la compraventa civil–, prevé en la redacción dada al Art. 1193, un tanto ambiguamente, que “[e]l derecho del acreedor [a exigir el cumplimiento] comprende [...] la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado *cuando la naturaleza de la obligación no lo impida*” (la cursiva es nuestra).

A pesar de ello, en nuestra opinión existen argumentos más que suficientes para revisar la actual relación entre sustitución de una cosa no conforme con el contrato y, por otro lado, las nociones de obligación específica, cosa fungible y cosa de segunda mano. Además, nos parece conveniente introducir en la materia un juicio de adecuación de la cosa no conforme con la cosa sustitutiva¹³⁸, más acorde con las actuales necesidades del comercio. Ello debería permitir a las partes disponer, en su caso, de una alternativa a la reparación, evitar la reducción del precio o resolución del contrato –en caso de mantenerse como remedios subsidiarios (frase primera del art. 121 TRLGDCU)– y, en definitiva, favorecer excepcionalmente los intereses tanto del comprador como del vendedor¹³⁹.

¹³⁷ Con respecto al proyecto de LGVBC, según GARCÍA RUBIO (2003, p. 1533), “si la razón [de la prohibición de utilizar el remedio de la sustitución] es que es imposible la sustitución, no hace falta prohibirla, porque si un remedio no se puede utilizar ya está excluido ex ante como claramente se dice en el Art. 5.1 del Proyecto”; también se muestra crítica con la prohibición, CASTILLA BAREA (2005, pp. 243-245), con posterioridad a la Ley 23/2003. En la misma línea, ORTI VALLEJO (2001, pp. 2240) sostiene que tratándose de un vendedor profesional de objetos de segunda mano, estará en condiciones de proporcionar al comprador una cosa de iguales o similares características exenta de defectos, tras afirmar que “aunque jurídicamente la compraventa en ese ámbito [mercado de ocasión] recae sobre objetos específicos, se trata siempre de productos estándar”. Sobre la aplicación de la LGVBC a vehículos de ocasión, HERNÁNDEZ BATALLER (2005, pp. 63-95).

¹³⁸ Con relación a ello, cabe plantearse si la futura regulación española debería permitir que el carácter excesivamente oneroso del cumplimiento o la ejecución forzosa para el deudor (Art. 1192, 2.º) alcanzara también el supuesto de sustitución de una obra de arte falsificada, caso de resultar la adquisición del ejemplar original demasiado costosa para el vendedor; ello sin perjuicio de considerar en tal caso el cumplimiento en forma específica como imposible.

¹³⁹ Ninguno de los textos internacionales estudiados en el presente trabajo excluye expresamente la sustitución en el caso de la compraventa de cosa de segunda mano (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT, Art. 9:102 PECL, Arts. 4:202 y 4:204 PEL S, Art. III.-3:302 DCFR, Art. 26 de la propuesta de Directiva de derechos del consumidor). Por lo que se refiere al derecho alemán, *supra* § 2. *La reparación y sustitución en los ordenamientos nacionales: 2.2. Alemania: b. Algunos debates doctrinales surgidos a raíz de la transposición de la Directiva 1999/44/CE.*

(ii) Reglas especiales del ejercicio de la reparación y sustitución. En particular, el requisito de no causar mayores inconvenientes para el comprador

Otra cuestión tratada a menudo en los trabajos doctrinales se refiere a las reglas especiales que rigen el ejercicio de la reparación y sustitución de la cosa. A tenor de la actual regulación, además del carácter gratuito de las medidas para el comprador (letra a) del Art. 120 TRLGDCU), o su ejercicio dentro de un plazo razonable, esas medidas deben llevarse a cabo sin mayores inconvenientes para el consumidor, “habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario” (letra b). La necesidad de no molestar excesivamente al comprador contemplada expresamente por la regulación en el caso de la compraventa de consumo, constituye una cuestión novedosa en el derecho español –es más propia del *common law*– y, tal vez por esa razón, la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de enero de 2009 no se refiere a ese punto.

A nuestro juicio, las mayores dificultades surgirán en aquellos supuestos en que la reparación o sustitución no resultan plenamente satisfactorias. Entonces la doctrina española considera que el consumidor puede instar las medidas subsidiarias, aunque no queda muy claro si ello puede tener lugar únicamente cuando la nueva reparación o sustitución suponga para él “mayores inconvenientes” o también cuando la falta de conformidad que presenta la cosa tras la ejecución del remedio no es de gran relevancia. En el último caso, ¿el consumidor podrá verse obligado a soportar definitivamente unos defectos menores, o a pasar de nuevo por la reparación o sustitución? En la actualidad, la mayoría de la doctrina española se muestra partidaria de no imponer al comprador una segunda reparación, por lo menos como regla general¹⁴⁰. No obstante,

¹⁴⁰ Antes de la aprobación de la Ley 23/2003, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARTÍNEZ ESPÍN (2000, p. 125 y 128) apuntan que los inconvenientes derivados de un retraso excesivo en la práctica de la reparación se evitan permitiendo que, transcurrido un cierto tiempo sin que aquélla se haya efectuado, el consumidor pueda ejercer las acciones correspondientes a una reparación infructuosa. Para los autores, si el primer intento de reparación fracasa, no cabe imponer al comprador una segunda reparación, salvo que éste consienta; por su lado, VERDA (2002, p. 146) entiende que es posible que un defecto que, por sí mismo, no tiene entidad suficiente para producir la total inhabilidad de la cosa para el uso para el que se compró, pueda dar lugar a la resolución del contrato, si el vendedor no sustituye la cosa por otra conforme al contrato o no la repara adecuadamente dentro de un plazo razonable; CASTILLA BAREA (2005, pp. 241-242) se muestra partidaria de interpretar las letras e) y f) del Art. 6 LGVBC en el sentido que el consumidor no debe verse obligado, en contra de su voluntad, a soportar la repetición de la misma medida de saneamiento que ya se ha intentado, con independencia de la entidad del defecto que tras ella presenta la cosa; y DÍAZ ALABART (2006, pp. 12-14), en su comentario a la SAP Burgos 17.2.2005 [JUR 2005\101107], opina que el órgano judicial puede utilizar las reglas generales de incumplimiento contractual que contemplan el comportamiento doloso o gravemente negligente, cuando el mismo se aprecia en un vendedor al no reparar la cosa o hacer incorrectamente la primera vez. Así, al analizar a continuación la SAP Castellón 28.11.2005 [AC 2006\209], la autora sostiene que el consumidor solamente deberá soportar la segunda reparación “mientras que la actuación del vendedor haya sido diligente, y la opción de la sustitución siga siendo un remedio proporcionado”. Contrariamente, añade DÍAZ ALABART, si la reparación primera se ha llevado a cabo negligentemente, no hay razón alguna para cargar al consumidor con la necesidad de un nuevo intento de saneamiento, “pues ello iría en contra la filosofía del art. 6 LGVBC que dice que la reparación (como la sustitución), deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor”. También la SAP Tarragona 17.5.2005 [AC 2005\986] declara que “el comprador tras una primera reparación infructuosa no está obligado a soportar una nueva reparación de la misma avería”.

el análisis de las medidas en Inglaterra y Alemania pone de relieve, a nuestro juicio, la necesidad de mayor desarrollo doctrinal y legislativo en lo que concierne a la delimitación de las molestias que el comprador debe tolerar al llevarse a cabo la reparación o sustitución. Más allá de esas molestias, la regulación debería atribuir al comprador la facultad de ejercer cualquier otra medida de incumplimiento, incluida la resolución del contrato¹⁴¹.

Al respecto habrá que prestar especial atención al controvertido Art. 26.4 de la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor que, como ha quedado expuesto, enumera distintas situaciones en que el comprador puede optar por cualquier medida, incluida la rebaja del precio o resolución del contrato, a partir de un planteamiento radicalmente distinto.

(iii) Carácter preferente de las medidas y superación del dogma de la conservación del contrato

Por último, según el Art. 121 I TRLGDCU, “[l]a rebaja del precio y la resolución procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución [...]”. La preferencia por la reparación y sustitución es acorde con el dogma de la conservación del contrato, muy arraigado en el derecho español. A pesar de los problemas de encuadre de los remedios en el marco de las acciones edilicias¹⁴², la jerarquía entre las medidas es defendida unánimemente por la actual doctrina¹⁴³.

Las normas españolas incluso han incrementado, si cabe, el rigor de la preferencia por la formas de exigir el cumplimiento, al atribuir un *ius variandi* al consumidor: si la reparación o sustitución no logran subsanar la falta de conformidad, el consumidor puede optar por la otra de esas medidas antes de exigir la reducción del precio o resolución del contrato (letras d y f del Art. 120 TRLGDCU)¹⁴⁴.

El mismo criterio parece seguir la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos en la redacción dada al Art. 1194, al establecer que “[e]l

¹⁴¹ Con relación al Art. 1124 CC, PANTALEÓN PRIETO (1991, pp. 1047-1048) señala que la resolución procede cuando no cabe exigir al acreedor continuar vinculado al contrato de acuerdo con la buena fe contractual.

¹⁴² Antes de la aprobación de la Ley 23/2003, una parte de la doctrina propugnó que el comprador pudiera optar directamente por la rebaja del precio (CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARTÍNEZ ESPÍN (2000, p. 125 y 128)) e, incluso, la resolución del contrato (Art. 1486 I CC). Véase CILLERO DE CABO (2001, pp. 158 y 166-167), que sostiene que el Art. 1486 I CC faculta al comprador a ejercer la acción redhibitoria en todo caso, sin que deba intentar primero la solución del conflicto mediante la reparación o sustitución de la cosa. En consecuencia, en opinión de la autora, el consumidor debería poder optar indistintamente por la reparación, sustitución de la cosa, reducción de precio o resolución del contrato y no parece adecuado supeditar el ejercicio de la facultad resolutoria a las condiciones establecidas por la norma comunitaria.

¹⁴³ Así, MORALES MORENO (2003, p. 1638).

¹⁴⁴ CASTILLA BAREA (2005, pp. 232-234) señala que entonces será preceptivo realizar un nuevo juicio de proporcionalidad.

acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce". Al parecer, la aproximación entre las distintas compraventas tiende, pues, a extender la preferencia por la reparación y sustitución.

Ahora bien, ¿realmente es necesario exigir al comprador que reclame el cumplimiento antes de ejercer las restantes acciones de incumplimiento? Con relación a ello, entendemos que el legislador español debería permitir a los compradores hacer efectiva cualquier medida, incluso la resolución del contrato, si concurren los presupuestos correspondientes, sin necesidad de exigir primero el cumplimiento, a menos que así lo requiera la buena fe y el trato justo (Art. III.-1:103 DCFR) en circunstancias excepcionales.

En nuestra opinión, la posibilidad del comprador de acudir directamente a los distintos remedios en caso de recibir una cosa no conforme con el contrato se hace especialmente conveniente en la compraventa de consumo, donde la reducción del precio puede ser la medida más idónea para hacer frente a defectos de calidad y coartar la resolución del vínculo contractual establecido solamente podrá favorecer el interés del vendedor¹⁴⁵. Con relación a ello, hoy las expectativas de los consumidores se encuentran fuertemente influenciadas por la política comercial de devolución de la cosa comprada practicada principalmente por grandes establecimientos, los cuales a menudo ofrecen la posibilidad de extinguir el contrato en el plazo de un mes desde la adquisición. La idea del "si usted no queda satisfecho, le devolvemos su dinero" a menudo no permite aclarar si entonces el consumidor adquiere un derecho a desistir del contrato o a resolver la relación obligatoria por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa libre de defectos. Aun así, esa práctica ha arraigado extraordinariamente en el mercado y algunas empresas de los Estados miembros ofrecen garantías comerciales que atribuyen al comprador el derecho a resolver el contrato con carácter preferente en caso de un defecto de la cosa con el fin de obtener una ventaja competitiva y atraer más clientes (letras c) y f) del Art. 125.3 TRLGDCU)¹⁴⁶. Ello resulta perfectamente admisible conforme al derecho actual, si entendemos que una perfecta alternatividad entre todas las medidas va a suponer mayor protección de los intereses del consumidor.

En realidad, la garantía comercial que se puede añadir voluntariamente al contrato de compraventa debe expresar necesariamente, entre otras cosas, "[q]ue la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el

¹⁴⁵ *Ibid.* pp. 214-215, a partir de la interpretación conjunta de los Arts. 4.1 y 7 LGVBC.

¹⁴⁶ Esos establecimientos reconocen implícitamente que los consumidores pueden no estar bastante satisfechos con la reparación o sustitución como únicos remedios preferentes. Esa parece ser también la tendencia en el derecho inglés. Ello no obedece únicamente a la escasa tradición de la pretensión de cumplimiento sino también a la necesidad de adaptar la regulación a la nueva realidad comercial y aumentar la confianza del consumidor. Véase el dictamen de la LAW COMMISSION, *Consumer Remedies for Faulty Goods – Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, pp. 9-10, 42-46, 62-63, 120 y 124, que hace referencia también a otras prácticas comerciales, como el intercambio con otros productos, en su caso, con pago del importe de la diferencia por parte del consumidor, descuentos o bonos.

contrato” (letra c) del Art. 125.3 TRLGDCU), así como “[l]as vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario” (letra f). Así, la garantía que atribuye al comprador un derecho a resolver el contrato con carácter preferente en caso de recibir una cosa no conforme con el contrato, sin necesidad de exigir el cumplimiento del contrato con carácter previo, resulta perfectamente válida. Su previsión excluye toda posibilidad de declarar la cláusula como abusiva (Art. 86, número 1, párrafo 2 TRLGDCU). No en vano el carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE se halla limitado a “las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor [...] que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva” (Art. 7.1).

En definitiva, resulta más probable que el consumidor tenga más confianza en el mercado si tiene la oportunidad de devolver inmediatamente el bien que no funciona correctamente, con derecho a reembolso, cuando concurren los presupuestos de la resolución contractual, que si puede verse involucrado en un ciclo de reparaciones¹⁴⁷.

En nuestra opinión, existen argumentos a favor de eliminar la jerarquía entre las medidas del comprador que van más allá de la política de protección del consumidor. Los principales textos internacionales (Arts. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT, Art. 9:102 PECL, Art. III.-3:302 DCFR) no contemplan el carácter preferente de las medidas de reparación y sustitución, en estos momentos no existen evidencias suficientes que demuestren que dicha jerarquía en abstracto resulta económicamente eficiente y, en cambio, sí existe la necesidad de preservar la intención de las partes contratantes por lo que se refiere a los remedios disponibles.

La idea de no conceder preferencia a la reparación y sustitución podrá verse frustrada si finalmente se aprueba la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor en su redacción actual, pues la misma no solamente mantiene la preferencia (art. 26.3) sino que además, como se ha señalado, pretende establecer una armonización máxima (art. 4)¹⁴⁸. No obstante, la Exposición de motivos de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos considera que “[a]nte todo, hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los añejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico” (frase segunda del párrafo quinto del apartado IV). Pues bien, una eliminación de la jerarquía

¹⁴⁷ TWIGG-FLESNER (2009, pp. 167-170), para quien una alternatividad de los remedios resultaría además más adecuada para los casos en que el comprador manifiesta el propósito por el que adquiere la cosa y el vendedor lo acepta (letra b) del Art. 24.2 propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores).

¹⁴⁸ Se hacen eco de una eventual colisión de la regulación inglesa con la propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores, HOWELLS / SCHULZE (2009, p. 19). Cuestiona la oportunidad del énfasis dado a la reparación o sustitución como remedios prioritarios por el Art. 26 de la propuesta, TWIGG-FLESNER (2009, pp. 167-170), habida cuenta de sus potenciales dificultades prácticas. En particular, el autor hace referencia a los costes y molestias asociados a la devolución de la cosa, las cuales pueden convertirse en una barrera importante en el contexto internacional.

entre las acciones del comprador podría resultar absolutamente conforme con ese planteamiento¹⁴⁹.

3. Conclusiones

Todos los textos internacionales analizados prevén el carácter generalmente disponible de la reparación y sustitución, las cuales resultan adecuadas para proteger el interés del vendedor y el comprador en el cumplimiento del contrato. Las normas establecen a su vez unos requisitos para el ejercicio de esos remedios o excepciones a su aplicación en aras a proteger al vendedor con base en consideraciones de eficiencia económica.

Existe una tendencia a precisar los supuestos en que el comprador no puede ejercer esas formas de exigir el cumplimiento en forma específica que, no obstante, sigue la misma línea que los primeros textos analizados. La ausencia de diferencias notables entre las distintas regulaciones se manifiesta, por ejemplo, con la exclusión de la posibilidad del comprador de obtener razonablemente el cumplimiento de entre las excepciones. Ello no significa que no puedan existir distintas interpretaciones en cuanto al alcance del ejercicio de la reparación o sustitución, como evidencian los recientes comentarios al Art. II.-3:302 DCFR realizados por el *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, particularmente cuando se trata de transponer una norma con la redacción del Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE.

Así las cosas, la regulación de la compraventa en el comercio internacional (Art. 46 CISG, Art. 7.2.3 Principios UNIDROIT) y la regulación de la compraventa de consumo (Art. 3.3 Directiva 1999/44/CE) coinciden en su enfoque por lo que se refiere a la materia analizada. La aproximación de las reglas aplicables a los distintos tipos de compraventa nos parece acertada, aunque puede dejar de producirse si finalmente se aprueba la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor en su redacción actual, al atribuir la opción sobre el remedio a utilizar al vendedor (Art. 26.2).

El denominador común de los textos internacionales contrasta con la notable disparidad de los ordenamientos nacionales estudiados, evidenciada a raíz de la transposición del Art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE. Reparación y sustitución son remedios centrales para la protección de los intereses contractuales en países como Alemania o España y se fundamentan dogmáticamente en la regla del *pacta sunt servanda*. Distinto ocurre en el derecho inglés, donde no existe la misma concepción en cuanto a la protección que cabe atribuir a los intereses creados por las promesas de las partes contratantes. Las distintas ideas acerca de la reparación y sustitución de una cosa han incidido tradicionalmente en la disponibilidad de los remedios en cada país. Sin embargo, el Art.

¹⁴⁹ Nótese que SCHULTE-NÖLKE (2009, p. 45), tras señalar que muchas cuestiones planteadas a raíz de la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor deberán ser resueltas por las instituciones políticas, pone como ejemplo la relativa a si el consumidor, como regla general, debería tener derecho a resolver el contrato inmediatamente por un defecto en la cosa, aunque ello no sea previsto así por el texto.

3.3 de la Directiva 1999/44/CE establece su carácter preferente frente a la reducción del precio y resolución del contrato. El tratamiento de las acciones del comprador realizado por la norma, inédito en el contexto internacional, ha causado importantes problemas en los ordenamientos nacionales y no nos parece suficientemente fundamentado.

En nuestra opinión, la futura actualización de la regulación del Código civil español que incorpore la normativa especial de protección de los consumidores debería regular la reparación y sustitución de la cosa atendiendo a las distintas interpretaciones realizadas en torno a los textos internacionales. A estos efectos la actual regulación estatal presenta algunos aspectos controvertidos. En particular, nos parece conveniente la revisión de algunas normas, como la que excluye la sustitución de “productos de segunda mano” (letra g) Art. 120 TRLGDCU), el desarrollo y aclaración de la regla que establece la necesidad de reparar y sustituir la cosa sin causar inconvenientes para el consumidor (letra b) Art. 120 LGDCU) y un planteamiento más crítico en torno a la exigencia de atribuir preferencia a la reparación y sustitución (Art. 121 TRLGDCU).

4. Bibliografía

Josep Maria BECH SERRAT (2008), "Regulación de los viajes combinados: aclaraciones de un texto refundido", *RDP*, noviembre-diciembre, págs. 55-96.

Georg BITTER / Eva MEIDT (2001), "Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht", *ZIP*, 48/2001, págs. 2114-2124.

Michael Joachim BONELL (2006), *The UNIDROIT Principles in Practice*, Transnational Publishers, New York, págs. 363-372.

Robert BRADGATE (2004), "Remedying the Unfit Fitted Kitchen", *LQR*, núm. 120, October 2004, págs. 558-563.

Claus-Wilhelm CANARIS (2003), "Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf", *JZ*, 17/2003, págs. 831-838.

Ángel F. CARRASCO PERERA / Encarna CORDERO LOBATO / Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2000), "Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo", *EC*, núm. 52/2000, págs. 125-146.

Ángel F. CARRASCO PERERA (2006), "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *InDret* núm. 1/2006 (www.indret.com).

Margarita CASTILLA BAREA (2005), *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid.

Patricia CILLERO DE CABO (2001), "Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español", *EC*, núm. 57/2001, págs. 147-169.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. SECCIÓN DE DERECHO CIVIL (2005), "Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1988, mayo de 2005, págs. 108-124.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. SECCIÓN DE DERECHO CIVIL (2009), "Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXIII, enero de 2009, págs. 1-70.

Silvia DÍAZ ALABART (2006), "La aplicación de la Ley de garantías en la ventas de bienes de consumo: primeros pronunciamientos", *RDP*, julio-agosto 2006, págs. 3-25.

Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ (2004), "Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 2004", *CCJC* núm.

66, octubre-diciembre, págs. 1239-1256.

Nieves FENOY PICÓN (1992), "Comentario a la Sentencia de 20 de noviembre de 1991", CCJC núm. 28, enero-marzo, págs. 23-33.

Nieves FENOY PICÓN (2006), *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2006), "Comentario a la Sentencia de 20 de diciembre de 2004", CCJC núm. 70, enero-abril, págs. 19-41.

María Paz GARCÍA RUBIO (2003), "La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo", *La Ley*, 2-2003, págs. 1529-1537.

Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER (2005), "Aplicación de la Ley en la venta de vehículos de ocasión", en María José REYES LÓPEZ (Coordinadora), *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 63-95.

Armin HÖLLAND (2006), "Das modernisierte Schuldrecht im Rechtsleben-erste Eindrücke", en Gerfried FISCHER (Coordinador), *Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen-Familienrecht, Schiedsverfahrensrecht, Schuldrecht* (Symposium aus Anlass des 75. Geburtstag von Prof. Dr. Walter Rolland), Nomos, Baden-Baden, págs. 61-84.

Ewoud HONDIUS ET ALT. (Editores) (2008), *Principles of European Law (Sales) (PEL S)*, Oxford University Press, Oxford.

Geraint HOWELLS / Reiner SCHULZE (2009), "Overview of the Proposed Consumer Rights Directive", en R. SCHULZE / G. HOWELLS (Editores), *Harmonising and Modernising Consumer Law*, Sellier, München, págs. 3-28.

Ole LANDO / Hugh BEALE (2000), *Principles of European Contract Law (Parts I and II)*, Kluwer, The Hague.

Angel LÓPEZ LÓPEZ (1998), "Comentario al art. 46 CISG", en Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Director), *La compraventa Internacional de Mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, págs. 414-423.

Antonio MARTÍN PÉREZ (1989), "Comentario a los arts. 1096 a 1098 CC", en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, 1, Edersa, Madrid, págs. 272-341.

Hans-W. MICKLITZ (2009), "The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain ", en R. SCHULZE / G. HOWELLS (Editores), *Harmonising and Modernising Consumer Law*, Sellier, München, págs. 47-83.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2003), "Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa", *ADC*, LVI, IV, 2003, págs. 1609-1651.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2005), "El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor", en AA. VV, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit: Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, Paris, págs. 261-270.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Antonio ORTI VALLEJO (2001), "El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en el Directiva 1999/44: criterios generales para su transposición", *Aranzadi Civil*, II, 2001, págs. 2229-2261.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "El sistema de responsabilidad contractual", *ADC*, XLIV, III, 1991, págs. 1019-1092.

María José REYES LÓPEZ (2005), "Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo", en María José REYES LÓPEZ (Coordinadora), *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 155-209.

Encarnación ROCA TRÍAS / Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI (2009), "The Modern of Obligations in the Spanish High Court", *ERCL*, 1, March 2009, págs. 45-59.

Harriet SCHELHAAS (2009), "Comentario a los arts. 7.2.1 a 7.2.4 de los Principios UNIDROIT", en Stefan VOGENAUER /Jan KLEINHEISTERKAMP (Editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, págs. 779-808.

Hans SCHULTE-NÖLKE (2009), "Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR", en R. SCHULZE / G. HOWELLS (Editores), *Harmonising and Modernising Consumer Law*, Sellier, München, págs. 29-46.

Ingeborg SCHWENZER (1999), "Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *EJLR*, 3, February 1999, págs. 289-303.

THE "EU CONSUMER LAW ACQUIS DATABASE" (<http://www.eu-consumer-law.org/>), coordinada

por el prof. Dr. Hans SCHULTE-NÖLKE, Universidad de Osnabrück.

THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION (2008), *Consumer Remedies for Faulty Goods-A Joint Consultation Paper LCCP 188/SLCDP 139*, November 2008, London: The Stationery Office.

Christian TWIGG-FLESNER (2009), "Fit por Purpose? The Proposals on Sales", en R. SCHULZE / G. HOWELLS (Editores), *Harmonising and Modernising Consumer Law*, Sellier, München, págs. 147-176.

José Ramón de VERDA (2002), "Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español", *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211/212, agosto-septiembre de 2002, págs. 135-148.

Bastiaan VAN ZELST (2008), *The Politics of European Sales Law*, Wolters Kluwe, Alphen aan der Rijn. Christian VON BAR/ Eric CLIVE/ Hans SCHULTE-NÖLKE (2009)(Editores), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier.

Christian VON BAR/ Eric CLIVE/ (2009)(Editores), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. I (Intr., Princ., Def.; I. – 1:101 to III. – 4:207), München, Sellier.

Harm Peter WESTERMANN (2006), "Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de la compraventa en el BGB", *ADC*, LIX, II, abril-junio, págs. 657-674.

M. WILL (1987), "Comentario al art. 46 CISG", en C.H., BIANCA/M.J., BONELL (Coordinadores), *Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention)*, Guiffrè, Milano, págs. 333-341.

5. *Tabla de jurisprudencia citada**Tribunal Supremo*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 10.6.1983	RJ 3454	Jaime De Castro García	"Fundiciones Metálicas del Sagrado Corazón de Jesús" c. "Agropor, S.A."
STS, 1ª, 5.3.1996	RJ 1879	Teófilo Ortega Torres	"Comunidad de Propietarios del Edificio Bécquer" c. Rafael F.A.
STS, 1ª, 2.7.1998	RJ 5123	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Ayuntamiento de Cangas de Narcea c. José M. F. G. y M.ª Josefa G. G.
STS, 1ª, 24.4.2000	RJ 2983	Antonio Gullón Ballesteros	Iciar y Soledad A. L. c. José María Z. S.
STS, 1ª, 10.3.2004	RJ 898	Alfonso Villagómez Rodil	Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000 de Jaén, c. Juan Ignacio, Jose Ignacio, Pedro Francisco y Eduardo
STS, 1ª, 20.12.2004	RJ 8131	Jesús Corbal Fernández	"Mapfre Balear, S.A" c. Enrique, Jesús María, "Acieroid, S.A" y "Commercial Union, S.A"
STS, 1ª, 28.11.2005	RJ 1233	Vicente Luis Montes Penades	Lucio, Juan Miguel, Rosa y María c. "Las Monjías, S.A.", "Frutos Secos Españoles, S.A.", Jose Enrique, Everardo, Evaristo y Everardo

Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ, Civil y Penal, Navarra 6.10.2003	RJ 8687	Francisco Javier Fernández Urzainqui	Francisco c. Abelardo y Catalina

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP, Civil, Navarra 27.3.2000	AC 1123	Juan José García Pérez	"Elkay Manufacturing Co." c. "Cía. de Aguas Belnature, S.L."
SAP, Civil, Burgos 17.2.2005	JUR 101107	Agustín Picón Palacio	Regina c. "Automoba, S.A."
SAP, Civil, Tarragona 17.5.2005	AC 986	María de los Desamparados Cerdá Miralles	Luis c. "Automoción Gala, S.L."
SAP, Civil, Castellón 28.11.2005	AC 209	Adela Bardón Martínez	"Consultoría Jurídica Porcar, S.L." c. "Maberauto, S.A"

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STJCEE, 17.4.2008	Sala 1. ^a , Asunto C- 404/06	P. Jann	Quelle AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Tribunales Ingleses

<i>Sentencia</i>	<i>Año</i>	<i>Referencia</i>
<i>Bernstein v. Pamson Motors Ltd.</i>	1987	[1987] 2 All ER 220
<i>Clegg v. Olle Andersson</i>	2003	[2003] 1 All ER (Comm) 721
<i>Jones v. Callagher</i>	2004	[2004] EWCA Civ 10
<i>J & H Richie Ltd v. Lloyd Ltd.</i>	2007	[2007] 1 WLR 670; [2007] 2 All ER 353

Tribunales Alemanes

<i>Tribunal</i>	<i>Sentencia</i>	<i>Referencia</i>
OLG Braunschweig	4.2.2003	[2003] JZ 863