

unánime [entre otras, las SSTs (Sala 1.ª) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)³³, 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386)³⁴ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)³⁵], que el ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento del modo está sometido a un plazo de caducidad³⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia civil está dividida sobre si se trata de un plazo de caducidad de un año³⁷ o de cuatro años³⁸.

³³ Ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

³⁴ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

³⁵ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

³⁶ En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la SAP de Girona de 20 de noviembre de 1997 (AC. 1997/2321; ponente Ilmo. Sr. don Joaquim Miquel Fernández Font) y la SAP de Pontevedra de 5 de junio de 2003 (AC. 2003/928; ponente Ilmo. Sr. don Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes).

La doctrina, de forma mayoritaria, también considera que se trata de un plazo de caducidad [así, por ejemplo, se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 409 y 410; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 201].

Por el contrario, DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 343 y 344; DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.ª, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 100 a 104; y NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, p. 129, consideran que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de prescripción.

³⁷ A favor de considerar que el plazo de ejercicio de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo es un plazo de caducidad de un año se pronuncian, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: STS (Sala 1.ª) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), SAP de Girona de 20 de noviembre de 1997 (AC. 1997/2321; ponente Ilmo. Sr. don Joaquim Miquel Fernández Font), SAP de Albacete de 31 de diciembre de 1998 (AC. 1998/2375; ponente Ilmo. Sr. don Eduardo Salinas Verdeguer), SAP de Burgos de 17 de mayo de 1999 (AC. 1999/5308; ponente Ilma. Sra. Dña. María Esther Villamar San Salvador) y SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2004 (JUR. 2006/82667; ponente Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero).

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 754 a 761; ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, pp. 392 y 393; GRAMUNT FOMBENA, M.ª Dolores, «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, p. 2219; y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Ángeles, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentarios al CC* (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

Por su parte, NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 129 y 130, considera que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de prescripción de un año (aunque la citada autora no excluye los argumentos a favor de considerar que se trata de un plazo de caducidad).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el apartado 3.º del artículo 531-15 del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo («BOE» de 22 de junio de 2006) adopta esta solución al establecer que «la acción revocatoria caduca al año contado desde el momento en que se produce el hecho que la motiva».

³⁸ A favor de considerar que el plazo de ejercicio de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo es un plazo de caducidad de cuatro años se pronuncian las siguientes resoluciones judiciales: STS (Sala 1.ª) de 23 noviembre

Y, por último, respecto del interrogante sobre el carácter perpetuo o temporal del modo impuesto por el donante en una donación modal; esto es, si la posibilidad de revocar la donación modal por incumplimiento del modo, reconocida en el artículo 647 del CC, tiene carácter perpetuo, pudiendo el donante (o, en su caso, los herederos del donante) ejercitar la acción de revocación siempre que el modo se incumpla, con independencia del tiempo transcurrido desde el establecimiento del mismo, o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no puede instar la revocación de la donación, aunque se «*incumpla*» el modo, hay que señalar lo siguiente: *a*) el CC guarda absoluto silencio sobre la cuestión; *b*) la doctrina no ha prestado especial atención a dicha cuestión; y *c*) si bien es cierto que las resoluciones judiciales no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión, el análisis de la jurisprudencia civil permite llegar a la conclusión de que la mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales del orden jurisdiccional civil [entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)³⁹ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁴⁰, así como la SAP de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317)⁴¹] parecen defender la tesis de que el modo impuesto por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo.

Ahora bien, a mi entender, debe cuestionarse si la doctrina que se extrae de las citadas sentencias en relación con esta materia es correcta y respetuosa con los principios que inspiran nuestro Ordenamiento. El estudio que realizo a continuación intenta encontrar una respuesta a dicho interrogante.

de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), SAP de Murcia de 11 de marzo de 2005 (JUR. 2005/100546; ponente Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez) y SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR. 2007/139397; ponente Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino).

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, MARÍN CASTÁN, Francisco, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, p. 197; FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1819 a 1821; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 201.

Por su parte, DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 340 a 344 y DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.^a, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 100 a 104, consideran que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de cuatro años de prescripción, no de caducidad.

³⁹ Ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

⁴⁰ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁴¹ Ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada.

III. LA PROHIBICIÓN DE VÍNCULOS PERPETUOS: UN PRINCIPIO GENERAL EN NUESTRO DERECHO

En nuestro Ordenamiento jurídico existe un espíritu contrario a la perpetuidad de las relaciones obligatorias y de los vínculos perpetuos, pudiéndose afirmar que «no gozan del favor de la jurisprudencia ni del de la doctrina»⁴².

Si bien es cierto que en nuestro Derecho no existe una norma que expresamente, con carácter general, prohíba las relaciones jurí-

⁴² En este sentido se pronuncia, entre otros, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5391 y 5393.

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 71, se pregunta «si es posible, mediante una compraventa o cualquier otro negocio jurídico (salvo el de constitución de una fundación), afectar o destinar perpetua y exclusivamente un bien, o cierta parte de él, a un uso determinado» y responde que dicha cuestión «merece, sin la menor duda, una respuesta negativa».

En relación con esta cuestión, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 4.ª edición, Madrid, 2001, pp. 325 y 326, afirma que «no cabe limitar una propiedad particular con la afectación perpetua del uso de un inmueble sólo a determinado destino» y que «ni siquiera puede pactarse la obligación de mantener esa afectación perpetua porque entraña un ataque a la esencia del dominio».

Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, 4.ª edición (primera en Civitas), Madrid, 1995, p. 53, afirma que «no se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi* y *fruenti* y del *ius disponendi*. No se la puede convertir a la propiedad en una concesión enfiteútica o en una concesión administrativa».

Asimismo, en relación con esta cuestión MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 684, afirma que «los sistemas de vinculación posibles en nuestro Derecho, desde los que se basan en la imposición de un deber, con mero alcance obligacional, hasta los que generan una carga real, y por ello oponible a terceros, presentan las notas de temporalidad forzosa y de necesaria reversión en caso de incumplimiento».

En términos parecidos se pronuncia MIÑARRO MONTROYA, Ricardo, «La propiedad desde el punto de vista del Derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 252, al afirmar que «hay [...] una línea roja que no puede traspasar el dueño ni la comunidad por medio de la ley sin que el dominio se desnaturalice y deje de poder ser considerado tal, pues al dueño ha de quedar siempre el contenido esencial del derecho. Si una limitación de esta índole viniera impuesta por la ley, debería operar la expropiación forzosa. Pero el dueño no puede tampoco ceder el goce de una cosa perpetuamente, ni siquiera más allá de los límites marcados a las sustituciones fideicomisarias, lo que es consecuencia de la exclusión de las vinculaciones».

Pueden consultarse también las SSTs (Sala 1.ª) de 4 de junio de 1964 (RJ. 1964/3097; Ponente Excmo. Sr. don Emilio Aguado González) y de 26 de julio de 1993 (RJ. 1993/6318; Ponente Excmo. Sr. don Matías Malpica González-Elipe). Esta última sentencia recuerda en sus Fundamentos de Derecho que «la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico» y que una obligación supuestamente perpetua puede entrañar «un ataque a la esencia dominical» [en relación con estas sentencias véase el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Sobre la libertad del dominio. (Cláusula de reversión, o de constitución de servidumbre personal perpetua, a favor de una persona jurídica)», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, pp. 4119 a 4137].

dicas perpetuas, no es menos cierto que el principio de temporalidad de las relaciones obligatorias y de prohibición de vínculos perpetuos se deduce, entre otras, de las siguientes normas⁴³:

a) El artículo 515 del CC que, en materia de derecho de usufructo, establece que «no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de 30 años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo»⁴⁴.

b) El artículo 640 del CC que dispone que «se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el artículo 781»⁴⁵.

c) El artículo 641 del CC, que, en relación con la denominada donación con cláusula de reversión⁴⁶, establece que «podrá establecerse válidamente la reversión a favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina

⁴³ La sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 1999 (RJCA. 1999/2828; ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia) afirma que el principio de temporalidad de las relaciones o de prohibición de vínculos perpetuos se deduce también de los artículos 400 y 1052 del CC, así como del artículo 279 del CCO.

⁴⁴ En relación con el origen histórico de esta norma, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5401 y 5402, señala que «en el Derecho romano se limita a cien años el usufructo que favorece a los municipios o ciudades (Gayo en don 7,1,56), para evitar que en este caso el usufructo sea perpetuo. El plazo se justifica en que cien años es, precisamente, el límite de duración de la vida humana en los sujetos más longevos; y en que, por tanto, en ese tiempo habrán muerto todos los habitantes de la ciudad que existieran al constituirse el usufructo. Pero en el Digesto también existe algún texto en el que la duración del usufructo se limita a treinta años (D. 35, 2, 68, 1). Y será precisamente este plazo, y no el de cien años, el que se tome en cuenta en el momento de la codificación para limitar la duración del usufructo constituido en favor de una persona jurídica».

En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza, 1974, pp. 243 y 244.

Por su parte, la Ley 411 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo) establece que «cuando el titular es una persona jurídica, el usufructo que no tenga otro plazo se extingue a los cien años».

Por último, el apartado cuarto del artículo 561-3 del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo («BOE» de 22 de junio de 2006) dispone que «el usufructo a favor de una persona jurídica no puede constituirse por una duración superior a noventa y nueve años. Si el título de constitución no establece otra cosa, se presume constituido por treinta años».

⁴⁵ Téngase también en cuenta lo dispuesto en el artículo 787 del CC.

⁴⁶ En relación con esta materia pueden consultarse los trabajos de ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 282 a 303 y de SIRVENT GARCÍA, Jorge, *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.

este Código para las sustituciones testamentarias⁴⁷ y que «la reversión estipulada por el donante a favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».

d) El artículo 781 del CC al disponer, en materia de Derecho de sucesiones, que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»⁴⁸.

e) El artículo 785.2.º y 3.º del CC, también en materia de Derecho de sucesiones, al establecer que «no surtirán efecto: [...] las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781 [ni] las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión».

f) El artículo 1583 del CC que, en sede de arrendamiento de servicios, dispone que «puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo».

g) El artículo 1705 del CC que, en relación con el contrato de sociedad, dispone que «la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio» y que «para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios»⁴⁹.

h) El artículo 1750 del CC que, en materia de contrato de comodato, dispone que «si no se pactó la duración del comodato ni

⁴⁷ Se está refiriendo a los límites de las sustituciones fideicomisarias establecidos en el artículo 781 del CC.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 399 y 400, afirma que «el fundamento de la sustitución fideicomisaria, al igual que el de la donación con cláusula de reversión, se encuentra en el *ius disponendi* del propietario, en virtud del cual es posible «vincular temporalmente» los bienes y derechos, siempre que la vinculación no sobrepase el límite establecido en el artículo 781 CC.».

⁴⁸ BOSCH CARRERA, Antoni, «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 2, afirma que «el fideicomiso es un encargo permanente, y el modo un encargo no permanente» y que esta distinción entre fideicomiso y modo «queda clara a partir de la codificación, pero no fue así históricamente». Señala que la distinción entre ambas figuras está en los artículos 781 y 788 del CC.

⁴⁹ Este precepto debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1700.4.º CC que establece que «la sociedad se extingue: [...] 4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707».

el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad».

De esta breve enumeración de normas se deduce claramente que en nuestro Ordenamiento jurídico existe una tendencia a excluir no sólo las relaciones obligatorias de carácter perpetuo, que tanto la doctrina⁵⁰ como la jurisprudencia⁵¹ justifican en la protección de la libertad individual y que afecta, por tanto, al orden público, sino que también se excluyen los vínculos perpetuos⁵², porque desnaturalizan el derecho de propiedad al despojarlo de alguna (o algunas) de sus facultades principales: la facultad de propietario de disponer del bien y, en su caso, la facultad del propietario de decidir el destino del bien. Además, no debe olvidarse que los vínculos perpetuos, desde el punto de vista económico, perjudican el comercio, la libertad de las transacciones y dificultan, de un modo especial, cuando se trata de inmuebles, la conservación y mejora de los mismos⁵³.

No obstante, en nuestro Ordenamiento jurídico existe una institución que permite la vinculación permanente de los bienes a un

⁵⁰ Entre otros, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 5.ª edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996, pp. 323 y 324; MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, p. 5414; y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Comentario del artículo 1680 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 1409.

⁵¹ Se pronuncian en este sentido, entre otras, las SSTS (Sala 1.ª) de 4 de junio de 1964 (RJ. 1964/3097; Ponente Excmo. Sr. don Emilio Aguado González), 19 de diciembre de 1985 (RJ. 1985/6600; ponente Excmo. Sr. don José María Gómez de la Bárcena y López), 3 de julio de 1986 (RJ. 1986/4408; ponente Excmo. Sr. don Cecilio Serna Velloso), 22 de marzo de 1988 (RJ. 1988/2224; ponente Excmo. Sr. don José Luis Albácar López), 15 de abril de 1988 (RJ. 1988/3150; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), 26 de julio de 1993 (RJ. 1993/6318; ponente Excmo. Sr. don Matías Malpica González-Elipe), 26 de octubre de 1998 (RJ. 1998/8237; ponente Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales) y 13 de abril de 2004 (RJ. 2004/2619; ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán).

⁵² BOSCH CARRERA, Antoni, «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 5, afirma que «la vinculación no es una institución jurídica, sino el efecto de una prohibición de disponer. Cuando a una institución civil o eclesiástica se le establece una prohibición de disponer perpetua, o a muy largo plazo esta inscripción supone una vinculación. [...] En la medida en que la prohibición de disponer es perpetua, surge una vinculación perpetua».

Por su parte, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, p. 61, señala que nuestro CC «prohíbe cualquier fórmula mediante la que se pretenda alcanzar el resultado de la vinculación (arts. 640 y 785)».

⁵³ En términos similares se pronuncia ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 85 y 582. Asimismo afirma el citado autor que «las modernas legislaciones han de proveer medidas contra la perpetuidad, la amortización y la vinculación de la propiedad» (p. 582).

destino concreto para el cumplimiento de un determinado fin. Esta institución recibe el nombre de fundación y, en la actualidad, tiene un protagonismo especial en la satisfacción de intereses asistenciales, benéficos, culturales y docentes. Veamos, a continuación, de qué manera y con qué alcance se pueden vincular bienes a un determinado destino a través de una fundación.

1. Las fundaciones: un instrumento para vincular bienes de forma permanente a una concreta finalidad

Como acabo de señalar, en relación con la vinculación perpetua de los bienes a un determinado destino o fin, debe tomarse en consideración la normativa sobre fundaciones que existe en nuestro Ordenamiento⁵⁴. Asimismo es importante determinar si en la actualidad, en este concreto ámbito, son admisibles o no las cláusulas de reversión establecidas en los estatutos de una fundación por su fundador, en virtud de las cuales, en el caso de que la fundación se extinga, los bienes aportados a la fundación revertirán a su favor, a favor de sus herederos o a favor de terceros. Ciertamente la cuestión, aunque no sea objeto de estudio directo en este trabajo, es una cuestión próxima, que conviene dejar planteada y básicamente resuelta.

Como es sabido, el artículo 34 de la Constitución española de 1978 «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Pero, ¿qué es una fundación? El Legislador nos ofrece el siguiente concepto: «son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»⁵⁵.

⁵⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000, p. 28, afirman que «entre todos los medios técnicos-jurídicos viables para adscribir permanentemente bienes al cumplimiento de fines de interés general, la constitución de una fundación dotada de personalidad jurídica es, sin duda, el más importante y trascendente». En términos similares se pronuncian ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 509 y 510; y MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 684.

⁵⁵ Este es el concepto que nos ofrece el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones («BOE» de 27 de diciembre de 2002).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 49/1988, de 22 de marzo, define las fundaciones como «la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general».

Sobre el concepto de fundación, véase: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 465 y 466; CUSCÓ, Margarita/CUNILLERA, Montserrat, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003, pp. 36 a 47; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ,

Aunque, por razones obvias, no me voy a detener en el examen de cada uno de los rasgos que definen a una fundación, sí creo conveniente analizar, brevemente, el requisito del carácter duradero de la afectación de los bienes que forman el patrimonio de la fundación (esto es, la dotación) a la realización de fines de interés general a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

La expresión contenida en el citado precepto relativa a que las fundaciones «tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general», es interpretada acertadamente por la doctrina, de forma mayoritaria, en el sentido de que la afectación debe tener carácter permanente, lo cual no significa perpetuidad, sino cierta continuidad en el tiempo para que se cumplan los fines de la fundación. Esta interpretación se basa, entre otras razones, en la admisibilidad en nuestro Ordenamiento de las fundaciones temporales (conforme a lo dispuesto en el art. 39 CC y en el art. 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)⁵⁶.

Y cuando la fundación se extingue por alguna de las causas que enumera el artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fun-

Jorge, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 33 a 42; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 48 a 54; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, «El concepto de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 135 a 178; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006, pp. 23 a 25, 35 a 37; MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *El Proceso de Creación de una Fundación*, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 26 a 43; y SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, pp. 56 a 58.

⁵⁶ En este sentido se pronuncian, entre otros, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 623 y 624; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 52, 53 y 245; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006, p. 37; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 494 a 496; MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, pp. 1343 a 1348; y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 104.

Por su parte, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 40 y 41, afirma en relación con esta cuestión que aunque la Ley admite la constitución de fundaciones de carácter temporal, «analizados los restantes preceptos de la Ley, más bien parece que la temporalidad se predica únicamente de la organización en su conjunto, y no de la afectación del patrimonio al interés general. [...] Una vez constituida la fundación, su patrimonio queda permanentemente afectado al cumplimiento de unos fines de interés general, cualesquiera que sean los avatares de la fundación en que se inserten esos bienes y derechos».

daciones, hay que plantearse las siguientes cuestiones: en primer lugar, ¿cuál es el destino de los bienes que formaban parte del patrimonio de la fundación extinguida? y, en segundo lugar, ¿surten efectos las cláusulas de reversión contenidas en los estatutos de la fundación en virtud de las cuales se dispone que los bienes de ésta reviertan a su fundador, a sus herederos o a un tercero?

La respuesta al primero de los interrogantes planteados se encuentra, en la actualidad, en los apartados segundo y tercero del artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, al disponer que «[l]os bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido» (apartado segundo) y que «[n]o obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general» (apartado tercero)^{57/58}.

⁵⁷ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenas*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 459 a 463 y 479 a 486, afirma que en este tema el artículo 33 de la Ley 50/2002, tiene en cuenta y respeta la voluntad del fundador. «Ahora bien, el precepto establece un límite a dicha voluntad, el destino de los bienes ha de ser una entidad o unas entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes incluso para el supuesto de su disolución a la consecución de aquéllos. [...] Se trata con la norma de que los bienes fundacionales queden adscritos definitivamente a la realización de fines de interés general» (pp. 482 y 483).

En relación con esta cuestión pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 633 a 644; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 259 a 263; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 664 a 667, 705 y 706; MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, pp. 64 y 65, afirma que «una vez que se destina un patrimonio a la realización de un fin de interés general, aunque éste sea temporal y se extinga la fundación, el patrimonio estará siempre afectado de forma irrevocable a la realización de fines de este tipo, bien sea a través de otra fundación, una entidad no lucrativa privada, o una entidad pública, no fundacional, que persiga fines de esta clase» (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994); y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 170 y 171.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, señala que de «la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídi-

Y en lo concerniente al segundo interrogante planteado; esto es, si conforme a la legislación estatal sobre fundaciones⁵⁹,

co protegido por el artículo 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al «interés general» en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación. Por lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión» y «que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación». (Fundamento Jurídico 7.^o).

En términos similares se pronuncia MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, p. 1342, cuando afirma que el derecho de reversión no contradice el concepto constitucional de fundación.

⁵⁸ Con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (derogada por la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), esta cuestión se resolvía conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del CC que establece lo siguiente: «[s]i por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

En relación con la interpretación y alcance del artículo 39 del CC, véase: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 247 a 251 [también puede consultarse de este mismo autor su trabajo titulado «El artículo 39 del CC y la extinción de las fundaciones», *Centenario del CC*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 371 a 391]; CAPILLA RONCERO, Francisco, «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, vol. 3.^o, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 915 a 920; y SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, pp. 254 a 257.

⁵⁹ Aunque en nuestro Ordenamiento jurídico la normativa estatal sobre fundaciones coexiste con las normas que las diferentes Comunidades Autónomas han dictado sobre la materia, en el presente trabajo sólo se hace alusión a la normativa estatal sobre fundaciones. Ahora bien, es necesario señalar que en determinadas cuestiones la regulación estatal y autonómica es muy diferente, lo que a juicio de algún autor «plantea problemas en cuanto al ejercicio del derecho de fundación en condiciones de igualdad» [véase: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 635 y 636]. En concreto, y a efectos de lo que nos interesa para este estudio, diversas normas autonómicas establecen que el destino de los bienes resultantes de la liquidación será el previsto por el fundador sin que se imponga a éste ningún tipo de límite; se admiten, por tanto, las cláusulas de reversión [en este sentido, el artículo 47 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo; publicada en el BOE de los días 7 a 14 de marzo de 1973) establece que «el acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la Ley 224» y el artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 9 de marzo de 1998) dispone que «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador»].

actualmente vigente, son admisibles o no las cláusulas de reversión de los bienes de una fundación establecidas a favor de su fundador, de los herederos de éste o de un tercero, la respuesta de la doctrina no es pacífica⁶⁰.

Una primera tesis doctrinal considera, con carácter general, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no es admisible la reversión de los bienes de una fundación extinguida a favor del fundador, de los causahabientes de éste o de un tercero (salvo que el fundador sea una fundación o la reversión se prevea a favor de una entidad privada sin ánimo de lucro o de una entidad pública, de naturaleza no fundacional, que persiga fines de interés general, conforme a lo establecido en los apartados segundo y tercero del artículo 33 de la

El Tribunal Constitucional en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, ha declarado la constitucionalidad del artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, interpretado en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico 7.º de la citada sentencia.

En relación con la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de fundaciones, así como la enumeración de las distintas normas autonómicas que se han dictado sobre la materia, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006; y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 107 a 122.

⁶⁰ En relación con esta cuestión, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», *Presente y futuro de las fundaciones* (dirigido y coordinado por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna), Madrid, 1990, pp. 56 a 58, antes de la aprobación de la Ley 30/1994, se planteaba estas dos cuestiones: ¿el poder de decisión del fundador en relación con el destino de los bienes es ilimitado? y si «¿podría el fundador disponer que el patrimonio resultante de la liquidación pasara a manos de particulares?». La respuesta que nos ofrece es la siguiente: «[e]l artículo 39 del Código [civil] no pone límite alguno a la voluntad del fundador. Por ello hay autores que no ven ningún obstáculo para que el fundador disponga lo que quiera sobre el destino de los bienes de la Fundación extinguida, incluso aunque ello suponga sustraerlos de una utilización con fines de interés general. [...] Sin embargo, el tema presenta más complicaciones de lo que a primera vista puede parecer. En primer lugar porque sobre él planea todo el conjunto de limitaciones que fueron establecidas por el legislador del XIX a las vinculaciones. No olvidemos que el interés público del fin fundacional justificó la excepción a aquellas limitaciones».

Por su parte, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 637 a 639, afirma que «[d]entro del destino de los bienes de las fundaciones extintas la posible inclusión de cláusulas de reversión es, sin duda, una de las cuestiones más importantes y espinosas dentro de la problemática fundacional, en general, y de la extinción de éstas, en particular. La posibilidad o no de reversión de los bienes a favor tanto del propio fundador como de sus posibles herederos es un problema planteado no sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1994, sino discutido por la doctrina desde hace tiempo» y que «la reversión de los bienes es una materia que se ha visto con rechazo por gran parte de la doctrina». Asimismo señala que aunque la reversión ha sido admitida expresamente por el propio Tribunal Supremo, «[l]a entrada en vigor de la Ley 30/1994 supuso una importante inflexión en esta materia a la vista del contenido del artículo 31 de la misma», siendo la opinión mayoritaria la que «entendía que la Ley 30/1994 proscibía la posibilidad de incluir alguna cláusula de reversión que estableciese un destino diferente, para los bienes resultantes de la liquidación del previsto en el artículo 31.2 y 3 de la propia Ley» y que la vigente Ley 50/2002 no ha introducido ninguna novedad en la materia.

Ley 50/2002)⁶¹. O dicho con otras palabras, el fundador no tiene un poder absoluto para imponer el destino del patrimonio remanente de la fundación que se ha extinguido por alguna de las causas que enumera el artículo 31 de la Ley 50/2002, sino que su voluntad sobre este particular sólo vincula si ordenó que los citados bienes se destinen a fines de interés general.

Por el contrario, otro sector doctrinal⁶² considera que hay que dar una respuesta más flexible a dicho interrogante y distinguir entre

⁶¹ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 486 a 489, afirma que en la actualidad no cabe que el fundador establezca en el negocio fundacional una cláusula de reversión a favor suyo, ni de herederos ni de terceros. El citado autor realiza interesantes observaciones sobre las ventajas e inconvenientes de la admisibilidad de las denominadas cláusulas de reversión en esta materia y concluye afirmando que «la admisibilidad de las llamadas cláusulas de reversión presenta bastantes más inconvenientes que ventajas».

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, «Perspectivas de futuro», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo II, Barcelona, 2007, p. 1649, al afirmar que «[a] partir de la derogada Ley 30/94 y de la vigente 50/2002 no cabe hablar de la posibilidad de reversión de los bienes fundacionales a manos del fundador, sus herederos o persona por él designada (art. 33 en relación con el 11.2)»; CARRANCHO HERRERO, Teresa, «La extinción de las fundaciones», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, pp. 28, 33, 34 y 38, afirma que el destino de los bienes de la fundación extinta es «una cuestión conectada con la propia esencia del negocio fundacional, o más bien del concepto de fundación, lo que indefectiblemente nos lleva a considerar que los bienes de la fundación han de ir unidos en todo caso a la consecución de fines de interés general. Esto [...] implica que deba considerarse parte del contenido esencial, lo que nos lleva a afirmar que las normas que establecen la libertad del fundador para decidir el destino de los bienes entran en contradicción con los preceptos que en la nueva ley regulan el contenido esencial del derecho de fundación, en desarrollo del artículo 34 de la Constitución en relación con el 53 del texto constitucional» (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994); CUSCÓ, Margarita/CUNILLERA, Montserrat, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003, p. 212; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 260 y 263; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 706 y 707; y MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, pp. 55 a 58 (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994).

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, núm. 4, p. 92, se cuestiona «si el mejor criterio legislativo sobre el particular es establecer que los bienes adscritos a una fundación no pueden retornar al fundador (o a sus sucesores) en caso de disolución o extinción sobrevinida de la fundación o, por el contrario, resulta preferible que quepa el retorno de los bienes a la [...] línea familiar de la que procedían en el momento constitutivo de la fundación». A juicio del citado autor, «una vez constituida y dotada patrimonialmente la fundación, la dinámica fundacional no debería permitir la “marcha atrás” del patrimonio fundacional; de tal manera que los fundadores(y/o sus sucesores o herederos) no podrían argüir derechos o expectativas algunas en relación con los bienes fundacionales».

⁶² En este sentido se pronuncia, principalmente, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 32, 38, 552 a 603.

Mantienen una tesis similar, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 640 a 644; PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000, pp. 160 a 166; y SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid,

la cláusula de reversión, entendida como la «disposición en la que el fundador prevé cual ha de ser el destino de los bienes que aporta a la fundación una vez se cumpla un plazo o condición» y otro tipo de cláusulas que contienen disposiciones del fundador en las que se «ordena cual ha de ser el destino de los bienes remanentes de la fundación extinta»⁶³. Los defensores de esta tesis afirman que en nuestro Ordenamiento jurídico sí son admisibles las cláusulas de reversión establecidas por el fundador o por un tercero⁶⁴ respecto de los bienes que cada uno de ellos ha aportado al patrimonio de la fundación, siempre que se respeten los límites que el artículo 781 del CC establece en materia de sustituciones fideicomisarias⁶⁵. Sin embargo, niegan eficacia a las cláusulas establecidas por el fundador en virtud de las cuales se establece el destino del patrimonio remanente de la fundación, una vez que se ha liquidado ésta, cuando dicho destino no es acorde con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Finalmente, a este respecto, es interesante recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado, en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que el artículo 34 de la Constitución española de 1978 no exige «la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales» y que el interés jurídico protegido por el citado precepto «exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el

2000, pp. 296 a 301. [Téngase en cuenta que los dos últimos trabajos citados se realizan bajo la vigencia de la Ley 30/1994; ahora bien, considero que las conclusiones a las que llegan los citados autores tienen plena validez en la actualidad.]

Por su parte, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 104 a 106, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia (en concreto, la STC 341/2005, de 21 de diciembre), parece inclinarse a favor de la tesis que admite la validez de las cláusulas de reversión en ámbito de las fundaciones.

En términos similares se pronuncia DURÁN RIVACOBA, Ramón, *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona, 1996, p. 219.

⁶³ En este sentido se pronuncia ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 32 y 170. El citado autor afirma que «la confusión originada al equiparar estas dos disposiciones diferentes ha desembocado en la generalización de la opinión que defiende la ilicitud de la mal llamada cláusula de reversión». Asimismo señala que tienen naturaleza jurídica distinta («la disposición reversional supone un gravamen al derecho transmitido a la fundación mientras que la disposición que prevé el destino de los bienes de la fundación tras su liquidación es una disposición estatutaria») y que ambas desarrollan su eficacia en momentos diferentes («si la reversión se ordena para el momento en que se produzca la extinción de la fundación, ésta tiene lugar en el mismo momento en que tenga lugar una de las circunstancias previstas en el artículo [31 de la Ley de Fundaciones]; sin embargo, la atribución a una nueva entidad de los bienes restantes tras la liquidación se produce en un momento posterior, una vez hayan terminado las operaciones de liquidación»).

⁶⁴ Por ejemplo, el donante de unos bienes a favor de la fundación.

⁶⁵ En relación con los argumentos que se esgrimen a favor de la admisibilidad de las cláusulas de reversión, véase: ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 577 a 602.

ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación». Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma en la mencionada sentencia «que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzarán a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación» (Fundamento Jurídico 7.º).

Todo lo expuesto en materia de fundaciones confirma que en nuestro Derecho no son admisibles los vínculos perpetuos; es más, ni siquiera la regulación legal de las fundaciones, institución que permite la afectación de un patrimonio a la realización de fines de interés general, establece que dicha afectación tenga carácter perpetuo, sino simplemente que los bienes que forman parte del patrimonio de la fundación deben destinarse «de modo duradero» al cumplimiento de los fines de la misma, lo cual es interpretado por la doctrina en el sentido de que los bienes se destinen durante cierto tiempo a la satisfacción de dichos fines.

IV. LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN SUPUESTO ANÁLOGO A LA DONACIÓN MODAL DEL ARTÍCULO 647 DEL CC

Anteriormente he señalado que la regulación contenida en el artículo 647 del CC en materia de revocación de las donaciones modales por incumplimiento del modo o de las cargas es manifiestamente insuficiente, pues el citado precepto guarda silencio, entre otras cuestiones, sobre si el modo tiene carácter perpetuo o si transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (esto es, la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado. A este respecto debe recordarse que la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo parece inclinarse por la tesis de considerar que el modo o carga impuesto en una donación puede tener carácter perpetuo [la sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁶⁶, como anteriormente se ha señalado, es un claro ejemplo de esta tesis].

Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo existe un conjunto de normas, aprobadas tanto por el Legislador estatal como por el Legislador autonómico, que regulan con mayor precisión las

⁶⁶ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

donaciones y las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas⁶⁷. El estudio de estas normas aportará elementos para clarificar la cuestión de si el modo o la carga impuesta por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo y permitirá extraer principios extrapolables al ámbito de las donaciones modales que se rigen por el CC, pues como señalan numerosas resoluciones judiciales, dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, se trata de supuestos muy similares [en este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 28 de septiembre de 1992 (R.J. 1992/7025)⁶⁸, 28 de abril de 1993 (R.J. 1993/2777)⁶⁹, 12 de junio de 2001 (R.J. 2001/7760)⁷⁰, 5 de junio de 2003 (R.J. 2003/5541)⁷¹, 14 de febrero de 2006 (R.J. 2006/2105)⁷² y 21 de febrero de 2006 (R.J. 2006/1932)⁷³, la STSJ del País Vasco de 7 de abril de 1999 (RJCA. 1999/2828)⁷⁴, así como las sentencias de la Audiencia Nacional⁷⁵ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001 (JUR. 2001/294598)⁷⁶, 18 de enero de 2002 (JUR. 2002/142996)⁷⁷ y 28 de mayo de 2002 (JUR. 2003/67875)⁷⁸].

1. La normativa reguladora de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas

El régimen jurídico de las donaciones y de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas se encuentra en las siguientes normas estatales y autonómicas:

– *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.*

⁶⁷ Ahora bien, esta mayor regulación legal de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito del Derecho administrativo, no evita que también exista sobre la materia un elevado grado de litigiosidad ante los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En relación con esta cuestión, véase: CIRIA PÉREZ, Francisco Javier, «La reversión de los bienes enajenados o cedidos por los Ayuntamientos por incumplimiento de las condiciones impuestas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 1998, núm. 276, pp. 203 a 231.

⁶⁸ Ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

⁶⁹ Ponente Excmo. Sr. don José María Sánchez-Andrade y Sal.

⁷⁰ Ponente Excmo. Sr. don Enrique Lecumberri Martí.

⁷¹ Ponente Excmo. Sr. don Manuel Poded Miranda.

⁷² Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

⁷³ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

⁷⁴ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia.

⁷⁵ En adelante, SSAN.

⁷⁶ Ponente Ilmo. Sr. don José María Gil Sáez.

⁷⁷ Ponente Ilma. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

⁷⁸ Ponente Ilma. Sra. Dña. Ana Isabel Martín Valero.

- *Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.*
- *Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña.*
- *Ley 3/1985, de 12 de abril, del Parlamento de Galicia, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- *Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Parlamento de Castilla-La Mancha, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*
- *Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Parlamento de Andalucía, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- *Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, del Parlamento de Navarra, de Régimen de la Administración Local.*
- *Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Parlamento del Principado de Asturias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Asturias.*
- *Ley 2/1992, de 9 de julio, de la Asamblea de Extremadura, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.*
- *Ley 3/1992, de 30 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia.*
- *Ley 5/1997, de 22 de julio, del Parlamento de Galicia, de Administración Local de Galicia.*
- *Ley 7/1999, de 29 de septiembre, del Parlamento de Andalucía, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.*
- *Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Asamblea de Madrid, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad de Madrid.*
- *Ley 6/2001, de 11 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.*
- *Ley 14/2003, de 10 de abril, de las Cortes Valencianas, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.*
- *Ley 11/2005, de 19 de octubre, del Parlamento de La Rioja, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*
- *Ley 3/2006, de 18 de abril, del Parlamento de Cantabria, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.*
- *Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Patrimonio del País Vasco.*
- *Ley 6/2006, de 17 de julio, del Parlamento de Canarias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

- *Ley 11/2006, de 26 de octubre, de las Cortes de Castilla y León, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.*
- *Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, de Patrimonio de Navarra.*

Con la finalidad de proporcionar la mayor información posible sobre la materia, evitando romper el hilo argumental de esta investigación, los preceptos relacionados con el régimen jurídico de las donaciones y de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas que se contienen en cada una de las normas citadas, se transcriben literalmente en un anexo legislativo en la parte final del presente trabajo⁷⁹.

Y en todo caso, del análisis de las citadas normas se pueden extraer, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

a) Tanto el Legislador estatal como el Legislador autonómico se muestran contrarios al carácter perpetuo del modo o la carga (por ejemplo, la afectación de los bienes a determinados destinos) que se imponen en las donaciones o en las cesiones gratuitas de bienes, cuando una o ambas partes en dicho negocio es una Administración Pública.

b) No existe unanimidad respecto del plazo de tiempo que tiene que transcurrir para poder afirmar que el modo se ha cumplido y consumado. Aunque los plazos que se establecen en dichas normas son muy diversos (4, 20, 30 o 50 años), lo cierto es que la mayoría de las normas optan por el plazo de 30 años, señalando expresamente que cuando los bienes se han adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, ésta «se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos»⁸⁰. Se trata, a mi entender, de un plazo de tiempo razonable, que consigue un adecuada ponderación de los intereses en juego⁸¹.

⁷⁹ Véase el apartado VI de este trabajo titulado *Anexo Legislativo*.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia, entre otras, el artículo 21 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guiltarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 76, se pregunta «cuál será el plazo máximo de eficacia de un pacto de destinación exclusiva de un bien, o una concreta parte del mismo, a un determinado uso» y afirma que «la respuesta correcta es treinta años, por aplicación del principio inspirador de la norma del inciso primero del artículo 515 del CC». Señala el citado autor que «por aplicación del principio [...] de que una disociación indefinida o potencialmente perpetua entre la propiedad de un bien y su goce o disfrute no puede durar más de treinta años» y que este principio «parece haber inspirado también la norma del apartado 4 del artículo 21 de la [...] Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas».

Sin embargo, la interpretación que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa realizan de las mencionadas normas (fundamentalmente del art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986⁸²)⁸³ no es pacífica. Veámoslo a continuación.

2. La interpretación jurisprudencial de la normativa reguladora de la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas

El análisis de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia pone de manifiesto que existen dos líneas jurisprudenciales en relación con la cuestión de si las cargas impuestas en las cesiones gratuitas de bienes, cuando no se ha establecido expresamente un plazo de duración, tienen carácter perpetuo o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo (en concreto, 30 años) puede entenderse que las cargas o condiciones impuestas por el cedente se han cumplido y, por tanto, no procede la reversión de los bienes, aunque el cesionario posteriormente quebrante dichas cargas o condiciones (por ejemplo, cambia el destino del bien que se estableció en el acuerdo de cesión gratuita).

2.1 TESIS JURISPRUDENCIAL FAVORABLE AL CARÁCTER PERPETUO DE LAS CARGAS MODALES IMPUESTAS EN LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES

Una primera línea jurisprudencial defiende que la carga o modo impuesto en la cesión gratuita continúa produciendo sus efectos más allá de los 30 años; esto es, el transcurso de 30 años no exime o libera a la Administración donataria o cesionaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesta por el donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aún transcurridos los 30 años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión. En definitiva, conforme a esta tesis, procede la reversión del bien, cuando el cesionario, aunque hayan transcurridos más de 30 años, cambia el fin o destino establecido en la donación o cesión para el bien donado o cedido. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 28 de abril de

⁸² Aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio («BOE» de 7 de julio de 1986).

⁸³ Así como del derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 [aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 («BOE» de 14 de julio de 1955)].

1993 (RJ. 1993/2777)⁸⁴, 12 de junio de 2001 (RJ. 2001/7760)⁸⁵, 5 de junio de 2003 (RJ. 2003/5541)⁸⁶, 14 de febrero de 2006 (RJ. 2006/2105)⁸⁷ y 21 de febrero de 2006 (RJ. 2006/1932)⁸⁸, las SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001 (JUR. 2001/294598)⁸⁹, 18 de enero de 2002 (JUR. 2002/142996)⁹⁰

⁸⁴ Ponente Excmo. Sr. don José María Sánchez-Andrade y Sal.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia que la cesión de unos terrenos hecha por el Ayuntamiento de Lugo al Ramo de Guerra en 1940, cesión ratificada en 1954, «no fue una donación pura y simple, sino una donación sometida a la exigencia de ser destinados los terrenos que constituían su objeto a los servicios del Ejército, con ello, al mismo tiempo que se contribuía a un fin de interés general, la Comunidad Municipal, indirectamente se veía beneficiada con la instalación de tales servicios, desaparecida la base, causa de la cesión y a cuya vigencia se subordina ésta, no sólo sería injusto, por contradecir el Ordenamiento jurídico, sino incorrecto, implicando un enriquecimiento indebido, que la Administración militar siga deteniendo unos bienes, pretendiendo en su provecho enajenarlos, cuando éstos fueron adquiridos por el Ayuntamiento de Lugo a costa de grandes sacrificios para destinarlos a un servicio del Ejército español aprovechándose de los beneficios que éste produciría a la comunidad lucense». Nuestro Alto Tribunal considera que la entidad cedente (el Ayuntamiento de Lugo) tiene derecho a la reversión de los terrenos porque el cesionario (el Ministerio de Defensa) ha incumplido el gravamen impuesto en la donación (considera que se trata de una donación modal del art. 647 CC), pese a que durante más de 30 años el cesionario ha cumplido el modo, destinando los terrenos a servicios propios del Ejército español.

⁸⁵ Ponente Excmo. Sr. don Enrique Lecumberri Martí.

El Tribunal Supremo declara en la presente sentencia que procede la reversión al Ayuntamiento de Lugo (cedente) de los terrenos que éste cedió al Ministerio de Defensa (cesionario) para una específica finalidad en 1889 porque «la causa del referido negocio, es decir, la razón justificativa de su eficacia jurídica fue la cesión gratuita de unos terrenos municipales para que el Ejército los destinara a campo de tiro, [...], por lo que al declarar el Ministerio de Defensa, [...], su desafectación [en 1992], desapareció la causa que justificó la *ratio essendi* de aquel negocio jurídico y, por ende, su eficacia jurídica».

⁸⁶ Ponente Excmo. Sr. don Manuel Goded Miranda.

⁸⁷ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

Véanse las reflexiones que SERRANO FERRER, M.^a Esperanza, «Reversión de terrenos cedidos por Ayuntamientos después de 30 años. Las Casas Cuartel. STS 14-feb-06», <http://www.administracionpublica.com/content/view/235/1/> (fecha de consulta: 8-2-2008), realiza a propósito de esta sentencia.

⁸⁸ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

Nuestro Alto Tribunal mantiene en esta sentencia que aún transcurridos los 30 años cumpliéndose el destino previsto, la carga o modo impuesta con la cesión o donación continúa, más allá de los 30 años, produciendo sus efectos, procediendo la reversión si el donatario o cesionario procede a su cambio de destino. Asimismo señala que el destino durante 30 años de los bienes donados o cedidos al fin o destino contemplado en la donación o cesión, no exime o libera a la Administración donataria o cesionaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesta por el donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aún transcurridos los 30 años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión.

⁸⁹ Ponente Ilmo. Sr. don José María Gil Sáez.

En esta sentencia se afirma expresamente que procede la reversión, aunque el bien se haya destinado al fin previsto en la donación durante más de 30 años.

⁹⁰ Ponente Ilma. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

En esta resolución judicial se aborda la cuestión de si transcurridos 30 años cumpliéndose la finalidad prevista en la cesión, la entidad local cedente no puede ejercitar el derecho de reversión. Dicho de otra manera, si los bienes cedidos son irreversibles y pertenecen a la Administración cesionaria una vez transcurridos 30 años desde su afectación a la finalidad prevista en la cesión. La Audiencia Nacional afirma en esta sentencia que «la cesión de unos terrenos que eran bienes patrimoniales del Ayuntamiento [...] a la Administración del Estado, con el fin de que fueran destinados a la construcción de una casa cuartel se han

y 31 de mayo de 2002 (JUR. 2003/49718)⁹¹, así como la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de octubre de 2002 (RJCA. 2003/92)⁹².

La interpretación de las normas aplicables a este tipo de casos⁹³ que realizan los tribunales en las citadas sentencias, a mi juicio, no es del todo acertada. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, uno de los argumentos utilizados por los tribunales defensores de esta línea jurisprudencial (una vez aceptada la naturaleza modal de la condición o carga impuesta en este tipo de casos, y, confirmada la aplicación supletoria del CC), es la dificultad de proceder a la integración del artículo 647 del CC que, según afirman textualmente las resoluciones judiciales «obliga a mantener el modo o la carga del destino decidido, sin sujeción a plazo alguno», con otra norma, de carácter reglamentario y de naturaleza administrativa (el art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986), que mediante el establecimiento de un plazo, «viene a desnaturalizar la institución modal alterando la voluntad del donante que constituye el elemento fundamental del mencionado tipo de donación».

A mi entender, este argumento parte de una premisa falsa porque el tenor literal del artículo 647 del CC no obliga a mantener indefinidamente o con carácter perpetuo el modo impuesto en una donación, sino que guarda silencio sobre la cuestión. Por tanto, la afirmación contenida en las distintas resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no es otra cosa que una mera interpretación del artículo 647 del CC, siendo admisible la interpretación contraria.

b) En segundo lugar, aunque el apartado primero del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986

ajustado a los plazos de 5 y 30 años que establece el artículo 111 del Reglamento [de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986]. Después de transcurridos los 30 años de afectación del bien al destino previsto en la cesión, los bienes no se convierten automáticamente, a juicio de esta Sala, en irreversibles, sino que se mantiene su afectación al destino previsto en la cesión». Asimismo afirma que «la naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de cesiones se vincula tradicionalmente por la jurisprudencia, además de lo previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales [...], a la donaciones modales [...]. Pues bien, si esto es así la expiración del plazo de 30 años establecido en el artículo 111.2 del [citado] Reglamento [...], en defecto de pacto expreso, no comporta que expirado dicho plazo el donatario o Administración cesionaria pueda alterar o extinguir por su voluntad unilateral el destino al que se encuentra afectado el bien. No puede producirse, en consecuencia, la transformación de una donación modal en una donación pura y simple, pues el modo opera como elemento causal de dicha donación».

⁹¹ Ponente Ilmo. Sr. don Manuel García Fernández-Lomana.

⁹² Ponente Ilmo. Sr. don José Santos Gómez.

⁹³ Concretamente del vigente artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, así como del derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955.

dispone que «si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local» y que en el apartado segundo del citado precepto se establece que «si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes», los tribunales que defienden esta tesis consideran que el plazo de 30 años que se establece en dicha norma no incide sobre la vigencia y obligatoriedad de la carga o modo impuesto en la cesión o donación de los bienes. Pero, entonces, ¿a qué se refiere el plazo de los 30 años? ¿Qué consecuencias se derivan del transcurso del citado plazo de tiempo?

c) En tercer lugar, otro de los argumentos esgrimidos por los tribunales que defienden esta línea jurisprudencial, íntimamente relacionado con el anterior, es que la expresión «debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes», contenida en el apartado segundo del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, no significa que transcurridos 30 años los bienes se conviertan en irreversibles, aunque posteriormente se modifique su destino. Las resoluciones judiciales citadas consideran que «no puede deducirse que tal expresión implique la liberación del cumplimiento de la carga impuesta por el donante, ya que el elemento modal es la razón esencial de la institución que nos ocupa; esto es, el mantenimiento del bien en el destino para el que fue cedido debe permanecer mientras se mantenga la cesión». Razón por la cual las mencionadas resoluciones judiciales afirman que el apartado tercero del artículo 111 del citado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 dispone que «los bienes cedidos revertirán, en su caso», mientras que el artículo 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 establecía que «los bienes revertirán automáticamente».

A mi juicio, este argumento es criticable porque lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 carece de relevancia a efectos de determinar el significado de la expresión «debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes» contenida en el apartado segundo de dicho precepto. Además, las mencionadas resoluciones judiciales siguen sin ofrecer una respuesta a las siguientes cuestiones: ¿a qué se refiere el plazo de los 30 años que se estable-

ce en el citado artículo 111? y ¿qué consecuencias se derivan del transcurso de dicho plazo de tiempo?

2.2 TESIS JURISPRUDENCIAL CONTRARIA AL CARÁCTER PERPETUO DE LAS CARGAS MODALES IMPUESTAS EN LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES

Una segunda línea jurisprudencial considera que la normativa reguladora aplicable a este tipo de casos acoge el principio de prohibición de vínculos perpetuos, limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión gratuita de bienes, cuando no se ha establecido otra cosa, de conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986⁹⁴. Por tanto, conforme a esta tesis, el quebranto del modo por el cesionario o donatario (por ejemplo, la modificación del destino establecido en la cesión o en la donación para el bien cedido o donado), una vez que han transcurrido 30 años desde que se realizó la cesión gratuita o la donación, no conlleva la reversión de los bienes cedidos o donados; o dicho con otras palabras, no legitima al cedente o al donante a ejercitar la acción de reversión de los bienes. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 23 de noviembre de 1992 (RJ. 1992/9210)⁹⁵, 10 de junio de 1998 (RJ. 1998/4756)⁹⁶ y 24 de enero de 2006 (RJ. 2006/1149)⁹⁷, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia⁹⁸ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 1999 (RJCA.

⁹⁴ Aprobado por Real Decreto de 1372/1986, de 13 de junio («BOE» de 7 de julio).

⁹⁵ Ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Nuestro Alto Tribunal señala en la presente sentencia que, conforme a lo establecido en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 (así como en el derogado artículo 97 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955), una vez que el destino establecido para los bienes en la cesión gratuita se mantiene durante treinta años, «los bienes se convierten en irreversibles, pero podrá acordarse la reversión antes de transcurrir el plazo de los 30 años si los bienes cedidos dejasen de destinarse al destino previsto».

⁹⁶ Ponente Excmo. Sr. don Rodolfo Soto Vázquez.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene en esta sentencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, transcurridos los periodos que señala el citado precepto, «el cumplimiento de las condiciones impuestas, o el mantenimiento de la afectación de destino de los bienes, deja de ser motivo legal para el ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 111, ya que aparece totalmente superado el lapso temporal [...] durante el cual se atribuye al Ente Local el derecho y la misión de velar por el cumplimiento de las condiciones impuestas en la cesión efectuada».

⁹⁷ Ponente Excmo. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Del análisis de los Fundamentos de Derecho de la citada sentencia, parece deducirse que la Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene *obiter dicta* que transcurridos 30 años cumpliéndose el destino señalado en la donación, no procede la reversión de los bienes, aunque posteriormente se cambie el destino de los mismos.

⁹⁸ En adelante, SSTSJ.

1999/2828)⁹⁹, 21 de diciembre de 2000 (JUR. 2001/255502)¹⁰⁰ y 31 de mayo de 2001 (RJCA. 2001/1300)¹⁰¹, así como la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de marzo de 2004 (JUR. 2004/260155)¹⁰².

A mi entender, la doctrina que se extrae de los Fundamentos de Derecho de las citadas sentencias es acertada, pues no sólo supone una interpretación razonable de las normas aplicables a este tipo de casos, sino que también es una doctrina que consigue una adecuada ponderación de los intereses en juego y es respetuosa con los principios que inspiran nuestro Ordenamiento jurídico y que se han expuesto anteriormente en este trabajo. Asimismo considero que la doctrina que se extrae de las mencionadas sentencias es perfectamente aplicable, por analogía, al supuesto que nos ocupa; esto es, a la donación modal.

V. CONCLUSIONES

Recapitulando todo lo expuesto, a continuación voy a formular algunas conclusiones que intentan dar respuesta a la cuestión que he planteado al comienzo de este trabajo:

A) Aunque el CC guarda silencio sobre la cuestión, los tribunales, tanto del orden jurisdiccional civil como del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, defienden mayoritariamente la tesis de que el modo impuesto en una donación tiene carácter per-

⁹⁹ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia.

En dicha sentencia se afirma que los artículos 13 y 111 del vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 (así como los artículos 12 y 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955), que regulan no sólo las cesiones gratuitas de bienes con carga modal realizadas por particulares a favor de las Entidades Locales, sino también las cesiones gratuitas realizadas por éstas a otras entidades o instituciones públicas, «acogen el principio de prohibición de vínculos perpetuos limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión de bienes».

¹⁰⁰ Ponente Ilma. Sra. Dña. Carmen Álvarez Theurer.

En esta sentencia se afirma *obiter dicta* que, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, una vez que el destino establecido para los bienes en la cesión gratuita se mantiene durante treinta años, los bienes se convierten en irreversibles.

¹⁰¹ Ponente Ilma. Sra. Dña. Begoña Orue Bascones.

La citada sentencia mantiene en sus Fundamentos de Derecho que tanto el derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 como el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 «acogen el principio de prohibición de vínculos perpetuos, limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión de bienes».

¹⁰² Ponente Ilma. Sra. Dña. María Dolores Galindo Gil.

Dicha sentencia mantiene *obiter dicta* que el transcurso de los 30 años que señala el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 hace irreversibles los bienes, aunque posteriormente cambie el destino.

petuo y, por tanto, si el donatario deja en cualquier momento de cumplir el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), con independencia del tiempo que haya transcurrido desde su imposición, el donante estará legitimado para instar la revocación de la donación, conforme a lo establecido en el artículo 647 del CC.

B) No comparto la mencionada tesis jurisprudencial mayoritaria sobre esta materia. A mi juicio, en nuestro Ordenamiento jurídico el modo impuesto por un donante al realizar una donación no puede tener carácter perpetuo, sino que transcurrido un determinado plazo de tiempo debe entenderse que el modo se ha cumplido y consumado. Por tanto, transcurrido ese periodo de tiempo, aunque el donatario deje de cumplir el modo, el donante no podrá ejercitar la acción de revocación de la donación prevista en el artículo 647 del CC.

C) Los argumentos en que se funda mi tesis, conforme a la cual considero que en nuestro Derecho el modo impuesto en una donación necesariamente tiene que tener carácter temporal, son los siguientes: *a)* en nuestro Ordenamiento jurídico existe un espíritu contrario a la perpetuidad de las relaciones obligatorias y de los vínculos perpetuos; *b)* la existencia en el CC de normas que avalan esta solución (por ejemplo, el artículo 515 CC); y *c)* si bien es cierto que el CC no regula expresamente dicha cuestión, no es menos cierto que en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento, concretamente en el Derecho administrativo, existen un conjunto de normas (aprobadas tanto por el Legislador estatal como por el Legislador autonómico) que sí prevén un plazo de vigencia del modo o de las cargas impuestas en las donaciones y en las cesiones gratuitas de bienes cuando una o ambas partes en dicho negocio es una Administración Pública, cuyo transcurso equivale a que el modo se ha cumplido y consumado; el estudio de estas normas nos aporta elementos para determinar cuál debe ser el plazo de vigencia del modo en el ámbito del Derecho civil.

D) Considero que el plazo de tiempo que debe transcurrir para entender que el modo impuesto por el donante en una donación se ha cumplido y consumado es de 30 años. Se trata, a mi juicio, de un plazo de tiempo razonable, que consigue una adecuada ponderación de los intereses en juego. Además este es el plazo de tiempo por el que optan la mayoría de las normas que regulan este tipo de casos en el ámbito del Derecho administrativo y que coincide con el plazo establecido en el artículo 515 del CC, referente a la duración máxima de un derecho de usufructo a favor de una persona jurídica.

E) Conforme a la tesis que defiende en el presente trabajo, el quebranto del modo por el donatario (por ejemplo, la modificación del destino establecido en la donación para el bien donado), una vez que han transcurrido 30 años desde que se realizó la donación, no legitima al donante a ejercitar la acción de revocación de la donación que le reconoce el artículo 647 del CC.

VI. ANEXO LEGISLATIVO

A continuación se exponen las distintas normas, estatales y autonómicas, que regulan las donaciones y las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas. La finalidad de transcribir literalmente estas normas no es otra que proporcionar la mayor información posible sobre la materia, lo cual será sumamente útil no sólo para justificar el análisis crítico que se realiza de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este tema, sino también para comprender mejor el alcance de las afirmaciones y conclusiones que se contienen en este trabajo.

A) *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*¹⁰³:

Artículo 21. *Adquisiciones a título gratuito*¹⁰⁴.

«[...]

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a

¹⁰³ «BOE» de 4 de noviembre de 2003.

¹⁰⁴ En relación con el citado precepto, véase: CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Adquisición de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 183 a 186. Señala la citada autora que «la regla consiste en establecer que, a pesar de que la disposición gratuita de los bienes se haya realizado bajo condición o modo de su afectación permanente a determinado destino, bastará con destinarlos al mismo durante 30 años para considerar cumplida y consumada la afectación. [...] [E]l establecimiento de esta regla tiene sentido, ya que con ella se introduce un criterio de flexibilidad que puede permitir que, en supuestos en los que, por circunstancias sobrevenidas de interés público, ya no pueda mantenerse el destino establecido por el cedente, y siempre que se haya mantenido durante 30 años, la Administración pueda disponer del bien destinándolo al cumplimiento de otros fines de interés público o, en su caso, enajenándolo».

Pueden consultarse también los trabajos de ALONSO MÁS, María José, «Adquisición de bienes y derechos», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 307 a 313 y de RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomo I, Barcelona, 2005, pp. 235, 236 y 291 a 303.

tales destinos, aunque luego dejen de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público»¹⁰⁵.

Artículo 145. *Concepto*¹⁰⁶.

«1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a Comunidades Autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

2. Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmi-

¹⁰⁵ El antecedente de esta norma se encuentra en el derogado artículo 24 del Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado (aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre) que disponía lo siguiente: «si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejen de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Por otra parte, CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Adquisición de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, p. 185, señala que en la Memoria del Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas «se pone de manifiesto que la finalidad de esta norma es evitar vinculaciones perpetuas de los bienes adquiridos a título gratuito».

Asimismo, en relación con la tramitación parlamentaria del citado precepto no puede dejar de mencionarse que tanto el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y en el Senado como el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana del Progrés* en el Senado presentaron enmiendas [enmienda núm. 53 (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 142-9, 25 de junio de 2003), enmienda 130 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 144 (d), 10 de octubre de 2003) y enmienda 109 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 144 (d), 10 de octubre de 2003), respectivamente] al apartado 4.º del artículo 21 proponiendo que lo establecido en dicho precepto no fuera aplicable cuando el donante o el cedente sea otra Administración Pública. La motivación de dichas enmiendas es que «en las donaciones o cesiones gratuitas entre Administraciones Públicas el cumplimiento de la condición o la afectación a un destino no debe entenderse cumplida por el transcurso de treinta años; en estos casos cabrá siempre la reversión al titular originario. En estos negocios jurídicos el destino concreto de un bien y el interés en el cumplimiento exacto de ese destino específico es el que motiva la donación o cesión gratuita, por lo que en caso de que lo donado no cumpla dicho destino, ha de [revertir] al donante o cedente». Ninguna de las tres enmiendas fue aprobada.

¹⁰⁶ Véase, en relación con el citado precepto, los trabajos de: GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, «La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 1126 a 1135; PONCE SOLÉ, Juli, «Cesión y permuta de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 681 a 711; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomo II, Barcelona, 2005, pp. 895 a 903.

sión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las Comunidades Autónomas, entidades locales o fundaciones públicas».

Artículo 148. *Vinculación al fin*¹⁰⁷.

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente Acuerdo».

Artículo 150. *Resolución*¹⁰⁸.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. [...]

Disposición transitoria segunda. *Aplicabilidad del artículo 21.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

«La previsión del artículo 21.4 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de las Administraciones públicas que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

B) *Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*¹⁰⁹:

Artículo 13.

«Si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

¹⁰⁷ Véase nota núm. 106.

¹⁰⁸ Véase nota núm. 106.

¹⁰⁹ «BOE» de 7 de julio de 1986.

Artículo 109.

«[...]»

2. Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. De estas cesiones también se dará cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma».

Artículo 111.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local, [...]».

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes.

3. Los bienes cedidos revertirán, en su caso, al Patrimonio de la Entidad cedente con todas sus pertenencias y accesiones»¹¹⁰.

C) *Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña*¹¹¹:

Artículo 21.

«El Gobierno a propuesta del Departamento de Economía y Finanzas, puede ceder gratuitamente el uso de los bienes patrimoniales inmuebles de la Generalidad cuya afectación o explotación no se juzgue previsible a favor de instituciones o corporaciones públicas o sin ánimo de lucro que deban emplearlos para fines de utilidad pública o de interés social.

2. Se consideran de utilidad pública las cesiones hechas a las entidades locales, a los organismos autónomos de la Generalidad, a la Administración del Estado y a sus entidades, a otras comunidades autónomas, a las confesiones religiosas para los locales de culto, a los organismos sindicales y patronales y a los Estados

¹¹⁰ La anterior regulación sobre esta materia contenida en el artículo 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 [aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 («BOE» de 14 de julio de 1955)] era muy similar a la actual. Dicho precepto establecía que «1. Todas las cesiones de bienes patrimoniales quedarán sujetas a estas condiciones:

a) que los fines para los cuales se hubieren otorgado se cumplan en el plazo máximo de 5 años; y

b) que su destino se mantenga durante los treinta siguientes.

2. Transcurridos uno u otro plazo sin que se hubieren cumplido las citadas condiciones, los bienes revertirán automáticamente de pleno derecho al Patrimonio de la Entidad cedente con sus pertenencias y accesiones».

¹¹¹ «BOE» de 18 de enero de 1982.

extranjeros para actividades culturales de acuerdo con los tratados o convenios firmados por España.

3. El acuerdo de cesión debe prever siempre la finalidad concreta a que las entidades beneficiarias deben destinar los bienes.

4. Si los bienes cedidos no se destinan al uso previsto en el plazo fijado o dejan de ser destinados al mismo, la cesión se considerará resuelta y los bienes revertirán en la Generalidad, [...]».

D) *Ley 3/1985, de 12 de abril, del Parlamento de Galicia, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia*¹¹²:

Artículo 23.

«[...]»

4. Cuando los bienes o derechos se hubiesen adquirido bajo condición o carga de vinculación permanente a determinados destinos, se entenderán cumplidos y consumados si durante treinta años hubiesen estado afectos a los mismos y dejasen de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 30.

«1. Los bienes patrimoniales inmuebles de la Comunidad Autónoma de los que no se estime previsible su afectación demanial o aprovechamiento por la propia administración podrán ser cedidos gratuitamente por el *Consejo de la Xunta*, a propuesta de la Conserjería de Economía y Hacienda, en favor de instituciones y corporaciones públicas o sin ánimo de lucro, que deberán destinarlos a fines de utilidad pública o de interés social.

2. El acuerdo de cesión, que se publicará en el “Diario Oficial de Galicia”, expresará la finalidad concreta a la que las entidades beneficiarias deben destinar los bienes, así como sus condiciones.

3. Si los bienes cedidos no se aplicasen al fin señalado dentro del plazo inicialmente fijado en el acuerdo o dejasen de estarlo con posterioridad, se descuidasen o utilizasen con grave quebranto, o se incumpliesen las condiciones del acuerdo, se considerará resuelta la cesión y los bienes revertirán a la Comunidad Autónoma, [...]».

E) *Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Parlamento de Castilla-La Mancha, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*¹¹³:

Artículo 59.

«El Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda, dando conocimiento a las Cortes Regionales,

¹¹² Boletín Oficial de Galicia de 24 de abril de 1985.

¹¹³ Boletín Oficial de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 1985.

podrá ceder gratuitamente, para fines de utilidad pública o de interés social, los bienes patrimoniales cuya afectación o explotación no se juzgue previsible».

Artículo 62.

«Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión y que en ningún caso será superior a cinco años, o dejasen de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Comunidad Autónoma, [...]».

F) *Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Parlamento de Andalucía, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía*¹¹⁴:

Artículo 109.

«Ningún bien de dominio privado podrá cederse por plazo superior a cincuenta años».

G) *Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, del Parlamento de Navarra, de Régimen de la Administración Local*¹¹⁵:

Artículo 128.

«1. Las entidades locales podrán ceder gratuitamente el uso de los bienes patrimoniales en favor de otras administraciones o entidades públicas o de entidades privadas sin ánimo de lucro para fines de utilidad pública o interés social que redunden en beneficio de los vecinos.

2. El acuerdo de cesión deberá expresar la finalidad concreta del destino de los bienes y contener los condicionamientos, limitaciones y garantías que se estimen oportunos, cuyo incumplimiento dará lugar a la reversión del uso. Ésta se producirá asimismo cuando los bienes no se utilicen para el fin señalado dentro del plazo establecido en el acuerdo, dejasen de serlo con posterioridad o se utilizaran con grave quebranto de los bienes.

3. El plazo máximo de cesión gratuita del uso de los inmuebles ser de veinte años».

Artículo 136.

«1. La cesión a título gratuito de la propiedad de bienes y derechos del patrimonio de las entidades locales se acordará por el Pleno del Ayuntamiento por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, y sólo podrá realizarse en favor de otras administraciones, instituciones públicas, o instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social, siempre que complementen o contribuyan al cumplimiento de intereses de carácter local, y previa declaración de alienabilidad.

¹¹⁴ Boletín Oficial de Junta de Andalucía de 9 de mayo de 1986.

¹¹⁵ «BOE» de 11 de agosto de 1990.

2. El acuerdo de cesión podrá contener cuantos condicionamientos, limitaciones o garantías se estimen oportunos.

De no señalarse nada en el acuerdo, las cesiones de propiedad de bienes patrimoniales quedarán sujetas a las siguientes condiciones:

a) Que los fines para los que se hubiesen otorgado se cumplan en el plazo máximo de cinco años.

b) Que su destino se mantenga durante los treinta años siguientes.

3. Incumplidos los condicionamientos, limitaciones o garantías impuestas, la propiedad de los bienes revertirá de pleno derecho al patrimonio de la entidad local con sus pertenencias y accesiones.

4. Las cesiones gratuitas de la propiedad de bienes inmuebles deben formalizarse en escritura pública, con expresión de los condicionamientos, limitaciones o garantías, y han de inscribirse en el Registro de la Propiedad».

H) *Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Parlamento del Principado de Asturias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Asturias*¹¹⁶:

Artículo 53.

«Los bienes inmuebles del Principado de Asturias cuya afectación al uso general o al servicio público no se juzgue previsible podrán cederse gratuitamente por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, al Estado, sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas y a las corporaciones locales, para el cumplimiento de sus fines. [...]».

Artículo 54.

«Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo o disposición que autorice la cesión, o dejaren de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos al Principado de Asturias, [...]».

Los bienes cedidos revertirán, en su caso, con todas sus pertenencias y accesiones».

Artículo 56.

«El Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda, Economía y Planificación, podrá ceder gratuitamente, para fines de utilidad pública o de interés social, el uso de los bienes inmuebles cuya afectación al uso general o al servicio público no se juzgue previsible».

Artículo 59.

¹¹⁶ «BOE» de 2 de abril de 1991.

«El acuerdo en el que se disponga la cesión de uso fijará el plazo de duración de la misma, que no podrá exceder de cincuenta años, quedando sometida la cesión a las mismas condiciones resolutorias y efectos previstos en los artículos 54 y 55».

I) *Ley 2/1992, de 9 de julio, de la Asamblea de Extremadura, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura*¹¹⁷:

Artículo 50.

«1. Los bienes inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán cederse gratuitamente mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda, a propuesta del órgano directivo que tenga asignadas las funciones patrimoniales, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Se considerarán comprendidas en el párrafo anterior las cesiones que, para el cumplimiento de sus fines se hagan a otras administraciones públicas o institucionales, a organizaciones sindicales y patronales y a instituciones benéficas, culturales o sociales sin ánimo de lucro. Igualmente se considerarán incluidas a los efectos de la cesión en uso de tales bienes las empresas públicas regionales mientras ostenten tal condición.

3. Si los bienes cedidos no fueran destinados al uso previsto, dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquellos a la Comunidad, [...]».

J) *Ley 3/1992, de 30 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia*¹¹⁸:

Artículo 65.

«1. Los bienes inmuebles de dominio privado cuya explotación o afectación al uso o servicio público no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por el Consejo de Gobierno a propuesta del consejero de Economía y Hacienda, para fines de utilidad pública o interés social. [...]».

Artículo 66.

«1. El acuerdo de cesión deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

- a) El fin o actividad a la que se habrá de destinar el bien cedido.
- b) El plazo dentro del cual debe destinarse el bien al fin o actividad previsto.
- c) La prohibición de todo acto de disposición o gravamen, salvo que fuere autorizado por el Consejo de Gobierno.

¹¹⁷ Boletín Oficial de Extremadura de 28 de julio de 1992.

¹¹⁸ Boletín Oficial de la Región de Murcia de 14 de agosto de 1992.

d) Cuando se trate de la cesión del uso de un bien, el plazo de cesión».

Artículo 67.

«1. Se considerará resuelta la cesión y producida automáticamente la reversión de los bienes cedidos en los siguientes supuestos:

a) Cuando no fueren utilizados para el fin o destino previstos en el acuerdo de cesión, dentro del plazo establecido, o dejen de estarlo con posterioridad una vez iniciado el uso.

b) Cuando venza el término señalado a la cesión del uso o el de la prórroga, en su caso».

K) *Ley 5/1997, de 22 de julio, del Parlamento de Galicia, de Administración Local de Galicia*¹¹⁹:

Artículo 274.

«Si los bienes se adquieren bajo la condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá ésta cumplida y consumada cuando durante treinta años sirviese al mismo y aunque después dejase de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

L) *Ley 7/1999, de 29 de septiembre, del Parlamento de Andalucía, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía*¹²⁰:

Artículo 13. Adquisición condicional y modal.

«1. Si las Entidades Locales hubieran adquirido los bienes bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderán cumplidas y consumadas cuando durante treinta años hubiesen servido a los mismos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público, de acuerdo con la normativa estatal.

2. Se entenderá que las condiciones y las modalidades también están cumplidas si los bienes se destinan con posterioridad a finalidades análogas a las fijadas en el acto de adquisición».

Artículo 26. Cesión gratuita de bienes.

«Las Entidades Locales podrán ceder de forma total o parcialmente gratuita sus bienes patrimoniales:

a) A otras Administraciones o Entidades públicas.

b) A Entidades privadas declaradas de interés público siempre que los destinen a fines de utilidad pública o interés social, que cumplan o contribuyan al cumplimiento de los propios de la Entidad Local».

¹¹⁹ «BOE» de 3 de octubre de 1997.

¹²⁰ «BOE» de 5 de noviembre de 1999.

Artículo 27. Destino de los bienes cedidos.

«1. Si los bienes inmuebles cedidos no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la Entidad Local con todas las mejoras realizadas, [...]».

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta siguientes.

3. En el acuerdo de cesión gratuita deberá constar expresamente la reversión automática a la que se refiere el apartado primero. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente acta notarial que constate el hecho. El acta deberá notificarse al interesado con requerimiento de entrega del bien.

4. La cesión se formalizará en escritura pública o documento administrativo, la cual se inscribirá en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable».

Artículo 67. Disponibilidad de edificios cedidos.

«Las Entidades Locales pueden recuperar la plena disponibilidad de los edificios cuyo uso tengan cedido a otras Administraciones Públicas y demás entidades de Derecho público de ella dependientes, cuando éstos dejen de cumplir la función que motivó la entrega».

M) *Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Asamblea de Madrid, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad de Madrid*¹²¹:

Artículo 55. Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles de dominio privado de la Comunidad de Madrid, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedida gratuitamente a otras Administraciones Públicas, para fines de utilidad pública o interés social, mediante Acuerdo del Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia y Hacienda.

2. En el acuerdo de cesión, que se publicará en el “Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid”, se expresará la finalidad a la que se destinarán los bienes cedidos, así como sus condiciones.

3. Si los bienes cedidos no fueren aplicados al fin previsto dentro del plazo establecido en el acuerdo de cesión, o dejasen de ser destinados al mismo con posterioridad, la cesión se considerará resuelta, revirtiendo los bienes a la Comunidad de Madrid, [...]».

4. Las cesiones gratuitas de propiedad se formalizarán en escritura pública y se inscribirán en el Registro de la Propiedad».

¹²¹ «BOE» de 27 de julio de 2001.

Artículo 56. *Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios.*

«1. El uso de los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios patrimoniales de la Comunidad de Madrid, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por el Consejero de Presidencia y Hacienda, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Las cesiones de uso a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro se considerarán de utilidad pública o interés social.

3. Son de aplicación a estas cesiones de uso las prescripciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

4. Los derechos y obligaciones de los cesionarios de uso se registrarán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y supletoriamente al usufructo».

Artículo 57. *Cesiones gratuitas de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.*

«1. La Comunidad de Madrid, mediante Acuerdo del Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia y Hacienda, podrá constituir y ceder a título gratuito derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Estas cesiones se registrarán por lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 55 de la presente Ley».

Artículo 59. *Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería, el Consejo de Administración del Organismo, Entidad de Derecho público o Ente Público, en su caso, que los hayan adquirido, a otras Administraciones Públicas y a corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 55».

N) *Ley 6/2001, de 11 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*¹²²:

Artículo 23. *Cesión de dominio público.*

¹²² Boletín Oficial de las Islas Baleares de 24 de abril de 2001.

«1. La comunidad autónoma de las Illes Balears puede ceder, a título oneroso o gratuito, el uso de bienes y derechos del dominio público a otras entidades públicas para un uso o un servicio públicos. El acuerdo de cesión debe expresar la finalidad y la duración temporal, sin que pueda exceder de 20 años.

2. El incumplimiento de los términos del acuerdo de cesión produce la revocación de la cesión».

Artículo 61. *Cesión gratuita de bienes.*

«1. Los bienes patrimoniales de la comunidad autónoma, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, pueden cederse gratuitamente para finalidades de utilidad pública o de interés social a favor de administraciones y de instituciones públicas, o de entidades privadas sin ánimo de lucro.

2. El acuerdo de cesión debe publicarse en el “Boletín Oficial de las Illes Balears” y debe expresar la finalidad concreta a que deben destinarse los bienes objeto de la cesión».

Artículo 62. *Reversión.*

«1. Si los bienes cedidos no se destinan al uso previsto en el acto que autorice la cesión, o dejan de estarlo posteriormente, se considerará revocada la cesión y aquéllos revertirán en la comunidad autónoma, [...].

2. Los bienes cedidos deben revertir, en su caso, con todas sus pertenencias y accesiones».

Artículo 63. *Cesión gratuita de uso.*

«Los bienes inmuebles del patrimonio de la comunidad autónoma, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, pueden cederse gratuita y temporalmente en su uso, para finalidades de utilidad pública o de interés social, a favor de instituciones con personalidad jurídica pública o entidades sin ánimo de lucro».

Artículo 64. *Duración.*

«1. La cesión gratuita de uso no puede exceder de 20 años.

2. La Administración de la comunidad autónoma debe velar por la efectividad de la aplicación de los bienes cedidos a las finalidades expresadas en el acuerdo, y la cesión debe quedar sometida a las mismas condiciones resolutorias que establece el artículo 62 de esta Ley».

Ñ) *Ley 14/2003, de 10 de abril, de las Cortes Valencianas, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana*¹²³:

Artículo 44. *Cesiones administrativas.*

«1. La Generalitat adquirirá la propiedad de los bienes y derechos patrimoniales o demaniales que le cedan otras adminis-

¹²³ Boletín Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de abril de 2003.

traciones públicas para destinarlos a un uso público o a la prestación de servicios públicos competencia de la Generalitat.

2. Para su validez la cesión administrativa de bienes inmuebles y derechos reales deberá aceptarse por la Generalitat. La competencia para la aceptación corresponde al titular de la conserjería competente en materia de patrimonio a propuesta del departamento interesado, y el acuerdo será notificado a la administración cedente y publicado en el “Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”. Si no se establece otra cosa, los plazos que en su caso se establecen para el cumplimiento de las condiciones se computarán desde la fecha de la publicación de la aceptación».

Artículo 90. *Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles patrimoniales.*

«1. Mediante acuerdo del Gobierno Valenciano y a propuesta de la conserjería competente en materia de patrimonio, podrá ser cedida gratuitamente la propiedad de bienes inmuebles patrimoniales de la Generalitat, cuya afectación o cesión no se juzgue previsible, a otras administraciones públicas para fines de utilidad pública o interés social, a fundaciones públicas de la Generalitat, en concepto de dotación fundacional, y a empresas públicas de la Generalitat, para ser destinados a dotaciones públicas o actuaciones urbanizadoras previstas por el planeamiento, que fomenten la industrialización, la vivienda social u otros fines públicos de su competencia y con cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 99 de la Ley 6/1994, de la Generalitat, Reguladora de la Actividad Urbanística.

[...]

3. En el acuerdo de cesión, se expresará el fin a que haya de destinarse los bienes cedidos y sus condiciones.

Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa se entenderá que la implantación del uso o servicio deberá realizarse en el plazo de tres años y el destino deberá mantenerse durante todo el tiempo de cesión y que el cómputo de los plazos se iniciará desde la aceptación del cesionario, que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

4. Si los bienes cedidos no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo, o dejaren de estarlo posteriormente, se entenderá resuelta la cesión y revertirán a la Generalitat con todas las mejoras realizadas. [...]

5. En el acuerdo de cesión gratuita deberá constar expresamente la reversión automática a la que se refiere el apartado anterior. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien».

Artículo 91. *Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles.*

«1. El uso de los bienes inmuebles patrimoniales de la Generalitat, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por el Gobierno Valenciano a favor de otras administraciones públicas, entidades de derecho público, o

entidades sin ánimo de lucro, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social, que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Valenciana.

2. Son de aplicación a esas cesiones de uso las prescripciones contenidas en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo anterior.

3. Los derechos y obligaciones de los cesionarios de uso se regirán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo. El cesionario asumirá los gastos derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, así como el pago del Impuesto de Bienes Inmuebles».

Artículo 92. *Cesiones gratuitas de derecho de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.*

«La Generalitat, mediante acuerdo del Gobierno Valenciano, a propuesta del titular de la conserjería competente en materia de patrimonio, podrá constituir y ceder gratuitamente derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras administraciones públicas, sociedades mercantiles de capital enteramente público, y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Valenciana.

A estas cesiones les será de aplicación lo establecido en los apartados 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 90 de esta Ley».

Artículo 93. *Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por el departamento u organismo público que los tengan adscritos, a otras administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro para fines de utilidad pública e interés social.

2. Será de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 90».

O) *Ley 11/2005, de 19 de octubre, del Parlamento de La Rioja, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja*¹²⁴:

Artículo 50. *Herencias, legados y donaciones.*

«[...]»

5. Si los bienes se hubieren adquirido con la condición o modo de destinarlos a determinada finalidad, se entenderá cumplida y consumada aquélla cuando durante treinta años hubieran servido a la misma, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias de interés público debidamente justificadas».

Artículo 112. *Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles.*

¹²⁴ Boletín Oficial de La Rioja de 25 de octubre de 2005.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles de dominio privado de la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedida gratuitamente a otras Administraciones Públicas, para fines de utilidad pública o interés social, o a entes instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el cumplimiento de los fines de utilidad pública o interés social que les sean propios, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda.

2. En el acuerdo de cesión se expresará la finalidad a la que se destinarán los bienes cedidos, así como sus condiciones, y la cláusula de resolución automática a la que se refiere el párrafo siguiente. [...]

3. Si los bienes cedidos no fueren destinados al fin previsto dentro del plazo establecido en el acuerdo de cesión, o dejasen de ser destinados al mismo con posterioridad, la cesión se considerará resuelta, revirtiendo los bienes a la Comunidad Autónoma de La Rioja con todas las mejoras realizadas.

[...]

5. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente para recuperarlo acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien.

[...]

7. Las cesiones gratuitas de propiedad se formalizarán en escritura pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 113.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y se inscribirán en el Registro de la Propiedad. Hasta tanto no se proceda a la práctica del correspondiente asiento a favor del cesionario no surtirá efecto la cesión. En la inscripción se hará constar el fin al que deben dedicarse los bienes y cualesquiera otras condiciones y cargas que lleve aparejada la cesión, así como la advertencia de que el incumplimiento de las mismas dará lugar a su resolución. Los cesionarios deberán comunicar a la Consejería competente en materia de Hacienda el acuerdo de inscripción».

Artículo 113. *Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles y derechos reales.*

«1. El uso de los bienes inmuebles y derechos reales patrimoniales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

También podrán efectuarse las cesiones reguladas en este artículo a los centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

2. Las cesiones de uso a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo lucro, y entes instrumentales que pertenezcan al sector público de

la Comunidad Autónoma de La Rioja se considerarán de utilidad pública o interés social.

[...]

4. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente para recuperarlo acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien.

5. Los derechos y obligaciones de los cesionarios de uso se registrarán por las condiciones previstas en el acuerdo de cesión, por las disposiciones del CC relativas al uso y supletoriamente al usufructo».

Artículo 114. *Cesiones gratuitas de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.*

«1. La Comunidad Autónoma de La Rioja, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda, podrá constituir y ceder a título gratuito derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras Administraciones Públicas, de entes instrumentales integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro declaradas de utilidad pública, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

También podrán efectuarse las cesiones reguladas en este artículo a los centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

2. Estas cesiones se registrarán por lo establecido en los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 112 de la presente Ley».

Artículo 116. *Cesiones gratuitas de bienes muebles.*

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, a otras Administraciones Públicas, a entes instrumentales que pertenezcan al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

2. También podrán efectuarse las cesiones gratuitas reguladas en este artículo a los Centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

3. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 112 y en el artículo 113 de esta Ley.

4. Una vez que los bienes muebles hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y sim-

ple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en la resolución de cesión».

Artículo 117. *Cesiones gratuitas de derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, a otras Administraciones Públicas, a entes instrumentales que pertenezcan al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

2. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 112 y en el artículo 113 de esta Ley».

Disposición transitoria tercera. *Aplicabilidad del apartado 5 del artículo 50 a las adquisiciones a título gratuito producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.*

«La previsión del apartado 5 del artículo 50 será de aplicación a todas las adquisiciones gratuitas producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, siempre que previamente no se hubiese ejecutado la correspondiente acción revocatoria».

P) *Ley 3/2006, de 18 de abril, del Parlamento de Cantabria, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria*¹²⁵:

Artículo 47. *Adquisiciones mediante herencia, legado o donación.*

«[...]

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 70. *Concepto.*

«1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, al Estado, a otras Comunidades Autónomas, a entidades locales, a entidades del sector público regional o a asociaciones declaradas de utilidad pública.

2. Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la

¹²⁵ Boletín Oficial de Cantabria de 27 de abril de 2006.

cesión se efectúe en el marco de tratados internacionales o convenios firmados por España.

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios el Estado, otras Comunidades Autónomas, las entidades locales o entidades del sector público regional.

5. Si la cesión tuviera por objeto sólo el uso del bien, el cesionario quedará obligado, durante el plazo de duración de la misma, a su conservación y mantenimiento, y asumirá por subrogación el pago de las obligaciones tributarias que le afecten.

6. Las cesiones de uso de bienes y derechos tendrán una duración de diez años prorrogables, previa petición del cesionario con anterioridad al vencimiento de cada plazo, salvo que en el acuerdo de la cesión se establezca otro plazo inferior».

Artículo 73. *Vinculación al fin.*

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente acuerdo».

Artículo 75. *Resolución.*

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. [...]».

Disposición transitoria segunda. *Aplicabilidad del artículo 47.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor.*

«La previsión del apartado 4 del artículo 47 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de la Comunidad Autónoma que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

Q) *Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Patrimonio del País Vasco*¹²⁶:

Artículo 39. *Condiciones en las adquisiciones a título gratuito.*

«1. Las adquisiciones a título gratuito de bienes o derechos que lleven aparejados gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos sólo podrán aceptarse si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere. Si el gravamen excediese el valor del bien, la disposición sólo podrá aceptarse si concurren razones de interés público apreciadas por el órgano competente para aceptar la disposición gratuita.

2. Si los bienes o derechos se hubieran adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido a los mismos, aunque luego dejaran de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 100. *Vinculación al fin de los actos de disposición gratuita.*

«1. Los bienes y derechos objeto de actos de disposición gratuita habrán de destinarse a los fines que lo justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo. La fijación de un fin concreto es potestativa en el supuesto previsto en la letra c) del artículo anterior.

2. Tratándose de bienes muebles, salvo que se hubiese establecido otra cosa en el correspondiente acto de disposición, se entenderá cumplido el modo, y la transmisión pasará a tener el carácter de pura y simple, si los bienes hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cinco años».

Artículo 103. *Plazo y contenido del acto de disposición gratuita.*

«1. El acto de disposición contemplará la identificación concreta del bien o derecho y, cuando corresponda conforme a lo establecido en el artículo 100, el fin concreto a que se destinará el bien o derecho. Contemplará, así mismo, expresamente o por remisión, las condiciones, limitaciones y garantías que procedan y, en su caso, las causas y supuestos de reversión, así como el valor del bien o derecho o el procedimiento para su cálculo, a efectos de la aplicación del régimen sancionador y de la determinación de la indemnización por incumplimiento del deber de reversión, o por efectuarse ésta en condiciones de conservación inferiores a las previstas en el artículo siguiente.

2. Cuando se trate de actos de disposición no traslativos de la propiedad del bien o titularidad del derecho, contemplará un plazo de duración que no podrá ser superior a diez años, si bien podrá preverse su prórroga por períodos no superiores al inicial y sin que

¹²⁶ Boletín Oficial del País Vasco de 11 de diciembre de 2006.

la duración total, incluidas las prórrogas, pueda exceder de treinta años».

Artículo 104. *Reversión del bien o derecho.*

«1. Los bienes y derechos a que se refiere este capítulo revertirán a la Administración en los supuestos contemplados en los correspondientes acuerdos de disposición. Dichos acuerdos recogerán, además, cuando corresponda, los casos de reintegro de subvenciones y ayudas públicas previstos en la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, y los de reversión por no destinarse al uso previsto dentro del plazo que se señale, por dejar de ser destinado al citado uso con posterioridad o cuando venza el término señalado en el acuerdo de disposición».

R) *Ley 6/2006, de 17 de julio, del Parlamento de Canarias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*¹²⁷:

Artículo 20. *Adquisiciones a título gratuito.*

«[...]»

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 21. *Normas especiales para las adquisiciones hereditarias.*

«[...]»

2. Las disposiciones de bienes o derechos por causa de muerte se entenderán hechas a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en los casos en que el disponente señale como beneficiario a alguno de sus órganos, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, o a la propia Comunidad Autónoma. En estos supuestos, se respetará la voluntad del disponente, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos o instituciones designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 4 del artículo anterior».

Artículo 54. *Cesión de uso de bienes y derechos.*

«1. El uso de los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente a otras Administraciones públicas españolas, o entidades públicas dependientes de las mismas, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utili-

¹²⁷ Boletín Oficial de Canarias de 21 de julio de 2006.

dad pública, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia.

Igualmente, el uso de dichos bienes y derechos podrá ser cedido a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, para el desarrollo de actividades culturales o de ayuda humanitaria.

2. La cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se registrarán por lo dispuesto en el CC».

Artículo 56. Vinculación al fin.

«1. Los bienes y derechos objeto de cesión de uso sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo, y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente acuerdo».

Artículo 58. Resolución de la cesión.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. En este supuesto, será de cuenta del cesionario el detrimento o deterioro sufrido por los bienes cedidos, sin que sean indemnizables los gastos en que haya incurrido para cumplir las cargas o condiciones impuestas».

Disposición Transitoria Tercera. *Aplicabilidad del artículo 20.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.*

«La previsión del artículo 20.4 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de las Administraciones Públicas que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

S) *Ley 11/2006, de 26 de octubre, de las Cortes de Castilla y León, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*¹²⁸:

Artículo 94. Adquisiciones a título gratuito.

«[...]

¹²⁸ Boletín Oficial de Castilla y León de 30 de octubre de 2006.

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, ésta se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 96. *Normas especiales para las adquisiciones hereditarias.*

«[...]»

2. Las disposiciones por causa de muerte de bienes o derechos se entenderán deferidas a favor de la Administración General de la Comunidad, en los casos en que el disponente señale como beneficiario a alguno de sus órganos o a la propia Comunidad. En estos supuestos, se respetará la voluntad del disponente, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 4 del artículo 94».

Artículo 137. *Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles de la Administración General.*

«Los bienes inmuebles patrimoniales de la Administración General de la Comunidad cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a otras Administraciones y a fundaciones públicas».

Artículo 138. *Cesiones gratuitas del uso de bienes inmuebles de la Administración General.*

«1. El uso de los bienes inmuebles patrimoniales de la Administración General cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrá cederse gratuitamente a entidades públicas o privadas por un plazo máximo de veinte años, para fines de utilidad pública o interés social que redunden en beneficio de los habitantes de la Comunidad de Castilla y León.

2. Los derechos y obligaciones de los cesionarios del uso se regirán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo. El cesionario asumirá los gastos derivados de la utilización y el mantenimiento del inmueble, así como el pago del impuesto de bienes inmuebles».

Artículo 139. *Cesiones gratuitas de derecho de superficie y otros derechos reales.*

«1. La Administración General de la Comunidad de Castilla y León podrá constituir y ceder gratuitamente derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible, a favor de otras Administraciones públicas, sociedades mercantiles

de capital enteramente público y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad de Castilla y León.

2. A estas cesiones les será de aplicación lo establecido en esta Ley sobre la cesión de la propiedad de bienes inmuebles».

Artículo 140. *Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.*

«La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrán cederse gratuitamente a otras Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública e interés social».

Artículo 142. *Vinculación de la cesión al fin.*

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta cesión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que la implantación del uso o servicio que corresponda a los fines de la cesión deberá realizarse en el plazo de tres años y el destino deberá mantenerse durante todo el tiempo de la cesión. El cómputo de los plazos se iniciará desde la aceptación del cesionario, que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que se hubiese establecido otra cosa en el pertinente acuerdo».

Artículo 144. *Resolución de la cesión.*

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y los bienes revertirán a la Administración cedente. [...]».

Artículo 146. *Cesión de bienes de las entidades institucionales.*

«1. Con independencia de las cesiones previstas en el artículo 129 de esta Ley, las entidades institucionales sólo podrán ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad. Sólo podrán ser

cesionarios las Administraciones públicas y las fundaciones públicas».

T) *Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, de Patrimonio de Navarra*¹²⁹:

Artículo 24. Herencias, legados y donaciones.

«[...]»

4. Si los bienes y derechos se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido a tales destinos, aunque posteriormente dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 44. Cesión gratuita de la propiedad de bienes inmuebles y derechos inmobiliarios.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles y derechos inmobiliarios patrimoniales de la Comunidad Foral de Navarra, podrá ser cedida gratuitamente, por el Departamento competente en materia de patrimonio, para fines de utilidad pública o interés social en favor de otras Administraciones Públicas y sus Organismos públicos, y de las fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, previa tramitación de un expediente al que se incorporará un informe propuesta, un informe jurídico y la fiscalización por la Intervención.

2. La cesión, además de cuantos condicionamientos, limitaciones o garantías, en su caso, se estimen oportunos, deberá contener los siguientes extremos:

- a) Finalidad a la que hayan de destinarse los bienes.
- b) Fijación de la fecha para la implantación del uso o servicio y obligación de mantenimiento de la actividad para la que fue solicitado el bien o derecho durante todo el plazo de cesión.
- c) Prohibición de enajenar o gravar el bien o derecho a favor de terceras personas.
- d) Fijación del plazo de la cesión, sin perjuicio de sus prórrogas, y sin que el plazo máximo, incluidas las mismas, pueda exceder de noventa y nueve años. El cómputo del plazo se iniciará desde la aceptación por el cesionario que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

3. Los bienes y derechos cedidos sólo podrán destinarse a los fines previstos y en la forma y condiciones que se hubieran establecido, salvo mutuo acuerdo de las partes. [...]

4. Si los bienes o derechos cedidos no fuesen destinados al fin previsto dentro del plazo señalado en el acto de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las condiciones impuestas o llegase el término fijado, la cesión se considerará resuelta y aquéllos revertirán a la Comunidad Foral de Navarra, libre y gratuitamente, [...].

¹²⁹ Boletín Oficial de Navarra de 23 de abril de 2007.

5. Si la cesión tuviese por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, se procederá a la práctica del correspondiente asiento a favor del cesionario en el Registro de la Propiedad, y no surtirá efecto la cesión en tanto no se cumplimente este requisito.

En la inscripción se hará constar el fin a que deben dedicarse los bienes y cualesquiera otras condiciones y cargas que lleve aparejada la cesión, así como la advertencia de que el incumplimiento de las mismas dará lugar a su resolución.

6. La resolución por la que se acuerde resolver la cesión y la reversión del bien o derecho será título suficiente para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad o en los registros que procedan, así como para la reclamación, en su caso, del importe de los detrimentos o deterioros actualizado al momento en que se ejecute el acuerdo de reversión».

Artículo 45. *Cesiones gratuitas del uso de bienes inmuebles y derechos inmobiliarios.*

«1. El uso de los bienes inmuebles o derechos inmobiliarios patrimoniales podrá ser cedido gratuitamente por el Departamento competente en materia de patrimonio para fines de utilidad pública o interés social en favor de otras Administraciones Públicas y sus Organismos públicos, sociedades y fundaciones públicas o entidades sin ánimo de lucro.

2. Serán de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 44 de esta Ley Foral.

3. Los derechos y obligaciones de los cesionarios se regirán por esta Ley Foral y por las disposiciones del Fuero Nuevo de Navarra relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo».

Artículo 46. *Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles patrimoniales y derechos incorporales podrán ser cedidos gratuitamente por el Departamento competente en materia de patrimonio, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos precedentes, salvo en lo que resulte incompatible con la naturaleza de dichos bienes o derechos.

2. No obstante, en el caso de bienes muebles, en atención a su naturaleza, podrá establecerse que finalizado el plazo que para los mismos se señale respecto al mantenimiento del destino, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple».

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 369 a 418.
- «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1638 a 1643.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Madrid, 2006.
- ALONSO MÁS, María José: «Adquisición de bienes y derechos», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 269 a 330.
- AMAT LLARI, Eulalia: «Comentario de la STS de 12 de noviembre de 1990», *CCJC*, núm. 25, enero-marzo de 1991, pp. 71 a 78.
- ANDERSON, Miriam: *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005.
- ARRIBAS QUEVEDO, Henar: «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, pp. 183 a 188.
- BOSCH CARRERA, Antoni: «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 1 a 67.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: «Perspectivas de futuro», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo II, Barcelona, 2007, pp. 1591 a 1671.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «El artículo 39 del CC y la extinción de las fundaciones», *Centenario del CC*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 371 a 391.
- «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», *Presente y futuro de las fundaciones* (dirigido y coordinado por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna), Madrid, 1990, pp. 33 a 58.
- «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 247 a 251.
- «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenas*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 451 a 490.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, vol. 3.º, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 915 a 920.
- CARRANCHO HERRERO, Teresa: «La extinción de las fundaciones», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, pp. 15 a 43.
- «Los estatutos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 451 a 505.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El “modo” en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil», *RDP*, 1918, núm. 54, pp. 91 a 101.
- «El “modo” en los actos jurídicos. Formación del modo en la historia del Derecho civil», *RDP*, 1919, núm. 67, pp. 102 a 109.
- «El “modo” en los actos jurídicos. Concepto de modo », *RDP*, 1921, núms. 94 y 95, pp. 211 a 218.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «Comentario artículo 21 Ley 33/2003», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 149 a 199.
- CIRIA PÉREZ, Francisco Javier: «La reversión de los bienes enajenados o cedidos por los Ayuntamientos por incumplimiento de las condiciones impuestas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 1998, núm. 276, pp. 203 a 231.
- CUSCÓ, Margarita/CUNILLERA, Montserrat: *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», *RCDI*, 1999, núm. 651, pp. 591 y 616.
— *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 587 a 649.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 5.ª edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996.
— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, 4.ª edición (primera en Civitas), Madrid, 1995.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.ª: «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 65 a 108.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona, 1996.
— «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, pp. 293 a 323.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante. A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen I, Almería, 2000, pp. 477 a 496.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1799 a 1821.
- FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric: «Comentario de la STS de 27 de julio de 1994» *CCJC*, núm. 37, enero-marzo de 1995, pp. 169 a 186.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge: «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 9 a 64.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza, 1974.
- GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: «La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 1089 a 1143.
- GONZÁLEZ CUETO, Tomás: *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003.
— «El concepto de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 135 a 178.

- GRAMUNT FOMBENA, M.^a Dolores: «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, pp. 2211 a 2224.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Comentario de la STS de 20 de julio de 2007» *CCJC*, núm. 76, enero-abril de 2008, pp. 343 a 358.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert: *El modo sucesorio*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, núm. 4, pp. 91 a 115.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco: *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, pp. 195 a 204.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, pp. 1341 a 1354.
- MIÑARRO MONTROYA, Ricardo: «La propiedad desde el punto de vista del Derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, pp. 231 a 261.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 651 a 707.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5391 a 5416.
- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001.
- *El Proceso de Creación de una Fundación*, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- NIETO ALONSO, Antonia: *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Sobre la libertad del dominio. (Cláusula de reversión, o de constitución de servidumbre personal perpetua, a favor de una persona jurídica)», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, pp. 4119 a 4137.
- «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, pp. 61 a 77.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: «Comentario del artículo 1680 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 1409 a 1411.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 4.^a edición, Madrid, 2001.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia: *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Cesión y permuta de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 681 a 727.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomos I y II, Barcelona, 2005.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier: *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 69 a 134.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000.
- SERRANO FERRER, M.^a Esperanza: «Reversión de terrenos cedidos por Ayuntamientos después de 30 años. Las Casas Cuartel. STS 14-feb-06», <http://www.administracionpublica.com/content/view/235/1/> (fecha de consulta: 8-2-2008).
- SIRVENT GARCÍA, Jorge: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.
- TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente: *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Donación, condición y conversión jurídica material», *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 315 a 485.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a Ángeles: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentarios al CC* (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El trabajo estudia fundamentalmente el concepto de falta de conformidad de escasa importancia en la resolución. Concepto que como es sabido utiliza la Directiva 1999/44 y está incorporado en nuestro ordenamiento en el Texto Refundido de Consumidores (art. 121). La cuestión fundamental es saber si la falta de conformidad de no escasa importancia es igual a falta de conformidad esencial (o si se prefiere grave por aproximarnos a la terminología utilizada para el art. 1124 CC). La cuestión es de gran importancia y afecta no sólo al mayor o menor ámbito de aplicación de la resolución, sino a algo más importante: la inserción del remedio resolutorio en el resto de remedios por incumplimiento. Este es el tema fundamental del que me ocupo. Lo desarrollo teniendo en cuenta distintos elementos: a) El vigente Derecho español y su aplicación por las Audiencias Provinciales, así como la aplicación hecha por las Audiencias Provinciales de la resolución de la garantía del artículo 11 LGDCU; b) El análisis de distintos textos de Derecho privado europeo, además del de la Directiva 1999/44; c) Algún modelo de Derecho europeo. A lo largo del trabajo he creído conveniente, en ocasiones, tratar sobre cuestiones conexas, aclaratorias del mismo.

PALABRAS CLAVE

Falta de conformidad de escasa importancia y falta de conformidad esencial; incumplimiento esencial; resolución; Directiva 1999/44; Principles of European Law Sales; Draft Common Frame of Reference 2009;

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «La modernización del Derecho contractual», SEJ2005-06506.

Acquis Principles; garantía del artículo 11 LGDCU; resolución del artículo 1124 CC.

ABSTRACT

This work deals with the concept of the lack of conformity which is minor. As it is known this concept uses the Directive 1999/44 and it is transposed in the Spanish Law in the rewritten text «Texto Refundido de Consumidores» (art. 121). What's fundamental is to know if the lack of conformity which is minor is equal to lack of fundamental conformity (or if you want it is quite serious to consider it next to the used terminology in art. 1124 CC). The matter is of great importance and it doesn't only affect more or less the scope of application of its termination, but also something more important: insertion of the. This is the fundamental subject I am in charge of. I'm trying to explain it by taking into account various and different elements: a) The Spanish Law in force and its applications in Audiencias Provinciales as well as the application of the termination of guarantee in artículo 11 LGDCU carried out by Audiencias Provinciales; b) I have analysed various text about European Private Law as well as Directive 1999/44; c) A sample of European law. Throughout my work I thought it was convenience, sometimes, to speak about matters related to this exact work.

KEYWORDS

Lack of minor conformity and fundamental lack of conformity; fundamental non-performance; termination; Directive 1999/44; Principles of European Law on Sales; Draft Common Frame of Reference 2009; Acquis Principles; guarantee of artículo 11 LGDCU; termination of artículo 1124 CC.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. El planteamiento de la cuestión. 2. El plan de este trabajo. 3. El estado de la cuestión en Derecho español: 3.1 Consideraciones previas. 3.2 La opinión de los autores españoles. 3.3 La gravedad del vicio oculto del CC y la falta de conformidad de no escasa importancia del Texto Refundido. II. *Primera Parte: Derecho Comunitario Y Derecho Privado Europeo:* 1. La falta de conformidad de escasa importancia en documentación comunitaria en torno a la Directiva 1999/44: 1.1 Ideas Previas. 1.2 Documentos comunitarios relativos a la Directiva 1999/44. 1.3 Otros documentos significativos: A) El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006. B) La respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo) al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006. C) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008. 2. Los Principles of European Law Sales y los Principles of European Contract Law: 2.1 El incumplimiento esencial en los PECL conforme al Comentario oficial. 2.2 La falta de conformidad esencial en los PEL S conforme al Comentario oficial. 2.3 La falta de conformidad menor en las ventas de consumo en los PEL S conforme al Comentario oficial. 2.4 Excursus: el sistema jerarquizado de los remedios por falta de conformidad en los PEL S. 2.5 Otros rasgos caracterizadores de los PEL S. Reflexiones a partir de los PEL S.: A) Sistemas de jerarquía en los

remedios v. sistemas de libre elección en los remedios. B) El sistema de limitación de los daños derivados de la entrega de cosa no conforme al contrato, para los vendedores no profesionales. 3. La resolución de la compraventa en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009. 4. La falta de conformidad y la resolución en los *Principles of the Existing EC Contract Law* según el Comentario Oficial.–II. *Segunda parte: el derecho español*: 1. La resolución conforme al régimen del artículo 11.3 LGDCU: 1.1 Algunas opiniones doctrinales. 1.2 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU: A) La carga de la prueba. B) Los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU. C) El defecto de menor importancia y la resolución del artículo 11.3 LGDCU. D) Reflexiones sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. 2. La resolución conforme al artículo 121 TR: 2.1 El supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR. 2.2 El fundamento de la resolución del artículo 121 TR. 2.3 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno al artículo 7 LG (vigente art. 121 TR): A) Sentencias que estiman la resolución: A.1 SAP de Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña). A.2 SAP de A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez). A.3 SAP de Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán). A.4 SAP de Pontevedra, 1.^a, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González). B) Sentencias que estiman la resolución: la falta de conformidad de escasa importancia: B.1 SAP de Granada, 4.^a, 3.10.2007 (Pte. Ruiz–Rico Ruiz). B.2 SAP de Salamanca, 1.^a, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego).–3. *Diferencias entre el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR y el del artículo 1124 CC* (aliud pro alio): 3.1 El estado actual de la jurisprudencia del *aliud pro alio*. 3.2 Diferencias concretas entre la resolución del artículo 121 TR y la fundada en la doctrina del *aliud pro alio* (art. 1124 CC). IV. *Más allá de la resolución del artículo 121 tr: reflexiones finales.–Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

[1] El artículo 121 *in fine* 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* (Texto Refundido de consumidores, Texto Refundido o TR en adelante) establece:

«La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia»¹.

La «escasa importancia» de la falta de conformidad justifica que el consumidor no disponga del remedio de la resolución de la compraventa. La aplicación de la norma exige concretar su significado. Además, leyendo *a contrario* el artículo 121 TR, puede decirse que el consumidor puede resolver, si la falta de conformidad del producto es de *no* escasa importancia.

[2] En el análisis de un concreto supuesto de resolución contractual como es el del artículo 121 TR, un contrapunto para determinar su alcance lo proporciona la regulación general de la resolución del artículo 1124 CC. Es idea asentada en la resolución del artículo 1124 CC que el incumplimiento que permite resolver –el incumplimiento resolutorio– es el incumplimiento grave, importante, de entidad, esencial, etc².

¹ El artículo 7 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, equivalente al artículo 121 TR, dispone: «(...) La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia». El Texto Refundido de consumidores derogó la Ley 23/2003 (DD única TR).

² La regulación que el artículo 1124 CC hace de la resolución es parca; su párrafo I dispone: «[l]a facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados *no cumpliere lo que le incumbe*». En la expresión «no cumpliere lo que le incumbe» encajaría cualquier divergencia entre la prestación efectivamente realizada y la pactada en el contrato. Sin embargo, los autores y el Tribunal Supremo exigen el incumplimiento sea grave. Lo que se suele justificar en el principio de conservación del contrato. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha destacado, en numerosas ocasiones, el carácter excepcional de la resolución. Sobre esto, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN indica: «Esta excepcionalidad, a veces proclamada por vía de máxima, es en la práctica muy relativa. Se pretende muchas veces, lo que es justo, impedir un cierto abuso en el ejercicio de acciones resolutorias, cuando el demandante, fundado en una infracción contractual del demandado, que no reviste una especial gravedad, o que a veces se encuentra provocada por el mismo actor (p.ej., falta de pago del precio, en algunos de los últimos plazos, en la compraventa de pisos, existiendo además oferta de pago del demandado), trata de desligarse del vínculo porque ya no le convenía o le interesaba. Sería, por ello, atrevido considerar que la resolución sólo puede ser excepcionalmente acordada cuando el contrato deja de ser útil para conseguir los fines perseguidos por las partes. La resolución ampara al contratante cumplidor frente al incumplimiento y no sólo frente a la frustración del fin del contrato. Cuando la jurisprudencia ha insistido en la «marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual», que es consecuencia del deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental de la contratación de acuerdo con el cual *pacta sunt servanda*, lo que probablemente quiere decir es que la resolución no se puede ligar con cualquier tipo de incumplimiento de deberes contractuales, sino que exige un incumplimiento en alguna medida cualificado, pero la puntualización de las características del «incumplimiento resolutorio», (...), no debe llevarnos a considerar que la resolución es excepcional y que el principio general es la conservación del contrato» [(2008) p. 814, v. también p. 813]. Por su parte, FERNÁNDEZ URZAINQUI: «En todo caso, una valoración global de la jurisprudencia relativa al incumplimiento resolutorio revela una marcada tendencia a la conservación del negocio. El mantenimiento de su vigencia, ante incumplimientos de escaso relieve que no alcanzan a impedir la utilidad perseguida con su conclusión, ha llevado sin embargo al alto Tribunal a proclamar como máxima la excepcionalidad de la resolución y a extremar de tal manera el rigor en la determinación de los requisitos exigibles para la apreciación del incumplimiento resolutorio, que difícilmente cabe estimar concurrentes en un concreto incumplimiento todas las características que

[3] Comparando el supuesto de la resolución del artículo 1124 CC y el de la resolución del artículo 121 TR, surge esta cuestión: ¿Es lo mismo incumplimiento de «no escasa importancia» e incumplimiento grave? ¿Operan de la misma manera estas dos manifestaciones de la resolución? En las respuestas de los autores españoles no hay una coincidencia de pareceres. Por mi parte, entiendo que el supuesto de hecho de cada una de estas resoluciones no es el mismo, siendo mayor el campo de actuación de la resolución del artículo 121 TR que la del artículo 1124 CC en su concreta aplicación a la jurisprudencia del *aliud pro alio*.

[4] La cuestión que estoy planteando no es peculiar del Derecho español.

Sivesand³ —que ha participado en la elaboración de los *Principles of European Law on Sales*⁴, lo que justifica el interés de conocer su opinión— nos ayuda a introducirnos en el debate que existe en esta materia.

Las normas que compara Sivesand son distintas de las que antes he indicado. Pero el problema también está presente. Compara el artículo 25 de la *Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, de*

de aquél han ido predicándose./ Elocuente resulta el número de epítetos que al incumplimiento ha añadido la jurisprudencia para reconocerle eficacia resolutoria. De él se ha dicho que ha de ser *verdadero, total, absoluto, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco, injustificado...*» [cursiva del autor, (1997) p. 53]. Del mismo: «El artículo 1124 del CC anuda la resolución de las obligaciones recíprocas al «no cumplimiento» por uno de los obligados de la prestación que le incumbe. Si, como señala la Sentencia de 2 de noviembre de 1994, para tener por cumplida una obligación su realización «ha de ajustarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse», parece que en puridad habría de atribuirse virtualidad resolutoria del vínculo contractual a cualquier desajuste en la ejecución del programa prestacional. Y sin embargo esto no es así: (...)» [cursiva del autor, (1997) p. 68].

Desde su exposición de Derecho comparado, TREITEL señala: «Various expressions are used to describe the seriousness of default (or other failure in performance) required to justify termination. The failure must, it is said, be «vital», or «total» or «fundamental» or «essential»; it must «go to the root» of the contract; it must be such that, had the aggrieved party known of it at the time of contracting, he would not have entered into the contract; it must deprive him of the «substance» of what he bargained for; it must «frustrate» his purpose in entering into the contract; it must amount to a «repudiation» of the contract; it must be such that further performance is of «no interest» to him; it must constitute an «important ground» for termination; it must go to the whole and not to party only the consideration; it must be material. None of these expressions is particularly helpful; nor, on the other hand, are most of them particularly misleading. There are, however, two of them which are open to some criticism./ (...)» [(1976) s. 159].

³ Autora de la monografía *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?* (2005); pp. 265, 1 ss., IV, VII-VII.

⁴ Dentro del *Study Group on a European Civil Code* (y dentro del Grupo Utrecht). Doy detallada cuenta de los *Principles of European Law on Sales* *infra* [30] ss.

V. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIORSKA, *Sales*, Preface to this volume, núms. 3 y 4 pp. XIV-XV. Indica HONDIUS: «First Christoph Jeloschek and the Hanna Sivesand served as team co-ordinator for the Utrecht team. Both had meanwhile successfully defended their PhD theses on aspects of sales law, a considerable fringe benefit of the projet» (op. cit. p. XV; v. *infra* nota 74).

compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena o CISG en adelante) en su referencia al incumplimiento esencial⁵ y el artículo 3.6 de la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (Directiva 1999/44 o Directiva, en adelante) en su referencia a la falta de conformidad «menor» (traducción de la versión inglesa de la Directiva)⁶.

[5] La cuestión está en saber el significado de la falta de conformidad menor. Según Sivesand, hay dos tesis:

a) Una considera que el umbral de la falta de conformidad «menor» está por debajo del incumplimiento esencial; y el consu-

⁵ Sobre el incumplimiento esencial: HONNOLD, «Comentario del artículo 25 CISG», ed. esp. de 1987, núm. 181-186, pp. 236-241; WILL, «Comentario del artículo 25 CISG» (1987), pp. 205-221; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 25 CISG» (1998), pp. 211-222; v. también Ponente SCHWENZER, (2008). Más allá, VV.AA. *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari (2008); informa sobre el Derecho español, GARCÍA CANTERO, pp. 273-280; una visión general, tras el informe de cada uno de los colaboradores sobre CISG en su país: FERRARI, pp. 413-480.

⁶ El artículo 3.6 Directiva 1999/44, versión española: «El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es *de escasa importancia*» (su correspondiente es el artículo 121 *in fine* TR). La calificación «menor» de Sivesand procede, como he apuntado, de la versión inglesa de la Directiva. El artículo 3.6 Directiva 1999/44 dispone: a) En la versión inglesa: «3.6 The consumer is not entitled to have the contract rescinded if the lack of conformity is *minor*»; b) en la francesa: «3.6 Le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est *mineur*»; c) en la alemana: «3.6 Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung»; d) en la italiana: «3.6 Un difetto di conformità *minore* non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto». Este artículo 3.6 Directiva 1999/44 se corresponde con el artículo 130.10 *Codice del Consumo* italiano: «Un difetto di conformità *di lieve entità* per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i remedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto». En comparación, el artículo 1455 CC ital. 1942 dispone: «Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522, 1525, 1564, 1565, 1668, 1819, 1820, 1878, 1901, 2286)». Sobre la importancia del incumplimiento en el CC italiano de 1942: Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad, 1.ª ed. ital., núms. 15-35 bis, pp. 56-139; con carácter general, señala Mosco: «El artículo 1455 que dicta las normas que han de servir de base para fijar la medida necesaria, adopta una fórmula en la cual lo único verdaderamente útil y digno de consideración es el íntimo ligamen entre incumplimiento e interés del acreedor. Por lo demás, dicha norma se limita a denegar la resolución cuando el incumplimiento tiene escasa importancia, adoptando así una forma un tanto vaga y elástica. No por eso se puede acusar al legislador, ya que es obvio que dada la gran variedad de aspectos que el incumplimiento puede adoptar en los diversos tipos de contratos con prestaciones recíprocas, no es nada fácil condensarlos en una fórmula única e incisiva, cuya interpretación presentará a veces al interpretarla mayores dificultades en la práctica, de las que tendría una norma de contornos menos precisos. No obstante, como quiera que está fuera de toda duda que la gravedad del incumplimiento constituye el presupuesto esencial de la resolución, y que el admitirla o negarla depende en su esencia de la medida que se adopte para valorar el incumplimiento, es misión imprescindible de la jurisprudencia tratar de dar una medida lo más precisa posible para realizar dicha valoración./ Que esta tarea, es indudablemente difícil, lo demuestra entre otros el hecho, de que la doctrina de los diversos países europeos donde existe la institución resolutoria, ha llegado al tratar este problema, a resultados diversos y discordantes» (núm. 16 pp. 61-62).

midor tiene en la Directiva 1999/44 una resolución más amplia que la de la Convención de Viena.

b) La otra tesis entiende que ha de aplicarse a la falta de conformidad menor de la Directiva, el mismo nivel de exigencia que a la falta de conformidad esencial de la Convención de Viena. Se destaca que la Directiva 1999/44 se inspira en general en la Convención de Viena⁷.

Desde ahora he de advertir que la cuestión que expone Sivesand está abierta en el panorama europeo. Efectivamente, hay disparidad en las opiniones de los autores, si bien se percibe una mayor tendencia a entender que los umbrales de las resoluciones que se están comparando son distintos⁸.

⁷ SIVESAND (2005) pp. 152-153; en la primera dirección cita a Schwartz, Hondius y Grundmann; en la segunda a Jud. V. la nota que sigue.

⁸ Aparte de los autores citados en la nota 7, el debate puede reproducirlo con otros, como CRISTOFARO y TROIANO. El primero defiende la diferencia entre las resoluciones que comparo; el segundo no considera que operen de manera tan distinta, en la cuestión analizada.

Según CRISTOFARO: «(...) per la risoluzione del contratto, che può esser pretesa dal consumatore soltanto qualora il difetto di conformità manifestatosi nel bene di consumo non sia «minore», secondo quanto statuito dall'articolo 3, par. 6 [v. *supra* nota 6]. La direttiva non fornisce una definizione della nozione di «difetto di conformità minore», né precisa i parametri sui cui deve fondarsi il giudizio volta a stabilire se un difetto di conformità debba essere valutato come «minore», ai fini dell'esclusione della possibilità di ottenere la risoluzione del contratto. La concreta individuazione dei contenuti e dei confini di questa limitazione viene così rimessa alla dottrina e alla giurisprudenza dei singoli Paesi membri, le quali verosimilmente finiranno per ribadire le conclusioni raggiunte in sede di interpretazione e applicazione delle disposizioni nazionali simili a quella contenuta nell'articolo 3, par. 6 della direttiva. *In ogni caso, sembra doversi escludere che la nozione di difetto di conformità non «minore» coincida con quella di fundamental breach of contract di cui all'articolo 25 della Convenzione di Viena: i rigorosi presupposti cui, in virtù della previsione dell'articolo 49, 1.º co., lett a) della Convenzione di Viena, è subordinata la possibilità, per il commerciante che abbia ricevuto merce «non conforme al contratto», di risolvere il contratto stesso, appaiono infatti incompatibili con la ratio consumeristica della disciplina comunitaria. Il consumatore cui venga consegnato un bene non conforme al contratto deve pertanto considerarsi legittimato a chiedere la risoluzione anche quando non sussistano gli estremi di una «violazione essenziale» del contratto, purché il difetto non sia di natura o entità tale da risultare sostanzialmente irrilevante, tenuto conto delle caratteristiche del bene di consumo nonché degli scopi per i quali il consumatore lo ha acquistato» [(2000) pp. 210-212; cursiva mía]. TROIANO, tras apuntar que en la CISG la resolución es remedio que opera inmediatamente, mientras que en la Directiva 1999/44 es remedio de segundo grado, indica sobre el incumplimiento resolutorio: «However, though as a residual remedy, under the Directive termination seems to be possible even where the lack of conformity is not «fundamental». A different rule applies under the CISG, since above mentioned Article 49 provide a right to terminate the contract for a non-fundamental breach of contract *only* where the buyer has assigned a supplementary deadline (*Nachfrist*) to the seller to perform and, despite this supplementary period, the seller does not perform (Article 49 (1) lit. b) CISG)./ *The divergence between CISG and Consumer Sales Directive is, however, more apparent than real.*/ A more attentive interpretation of the notion of fundamental breach of contract under Article 25 CISG should permit to reach very similar results./ (...) / As to the second issue, i.e. that the Directive seems to allow termination also where the non-performance is not fundamental, it must on the contrary be reminded that Article 3 (6) Directive disallows termination where the lack of conformity is minor. Furthermore, the Directive allows termination *only* if repair and replacement are disproportionate. *This req-**

[6] Por su parte, Sivesand es partidaria de la primera tesis: la del distinto campo de actuación de cada una de estas resoluciones. Lo justifica en los cambios que se produjeron en el proceso de tramitación de la Directiva 1999/44⁹. Y también lo justifica en el siguiente razonamiento. En la Convención de Viena, para poder concretar si la falta de conformidad es esencial, y así poder directamente resolver la compraventa, es importante determinar si la falta de conformidad es o no fácilmente subsanable. En cambio, esta cuestión no se plantea en la Directiva 1999/44, puesto que en este texto la resolución es un remedio de segundo grado (art. 3.5¹⁰). Y así, si el vendedor no aprovecha la oportunidad de la reparación del bien o de su sustitución (remedios de primer grado), en casos en los que la falta de conformidad es objetivamente esencial pero fácil de subsanar, el vendedor ha de asumir las consecuencias de su comportamiento¹¹; el consumidor podrá resolver.

En un plano abstracto, Sivesand señala, que, cómo de grave haya de ser la falta de conformidad para permitir al comprador resolver, depende de si este es libre de optar entre los remedios derivados del incumplimiento, o si entre tales remedios opera una relación de jerarquía, prevaleciendo el cumplimiento (reparación, sustitución), tal como sucede en la Directiva 1999/44.

En su consideración, si hay jerarquía de remedios o el vendedor tiene derecho a subsanar la falta de conformidad, el umbral a partir del cual puede permitirse la resolución puede ser más bien bajo, dado que el vendedor ha tenido la oportunidad de subsanar. Pero si no hay jerarquía y el comprador es libre en cuanto al ejercicio, entiende más difícil la respuesta, considerando que en las ventas ordinarias y, particularmente, en las ventas internacionales, el umbral debe ser más bien alto (esto es, exigir que la falta de conformidad sea esencial).¹²

[7] En el orden de la prueba, Sivesand indica que en la Convención de Viena, es el comprador quien ha de probar que la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial, mientras que

ueriment is almost equivalent, in its concrete outcome, to the requirement of the breach of contract being fundamental: the more serious is the breach, more likely it is that the repair and replacement are disproportionate in comparison with termination» [(2008) pp. 367-369; cursiva mía; v. desde la p. 366].

V. asimismo MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 421-422.

⁹ SIVESAND (2005) p. 153. Sobre el iter de la Directiva 1999/44 *infra* [21].

¹⁰ Artículo 3.5 Directiva 1999/44: «El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:/ –si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o/ – si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en plazo razonable, o/ – si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor».

¹¹ SIVESAND (2005) p. 153.

¹² SIVESAND (2005) pp. 150-151; v. pp. 242-243.

en la Directiva 1999/44, es el vendedor quien debe probar el carácter menor de la falta de conformidad como defensa frente a la pretendida resolución del consumidor¹³.

2. EL PLAN DE ESTE TRABAJO

[8] En esta *Introducción* voy a exponer el estado de la cuestión entre los autores españoles, como inicial punto de partida en la cuestión que estudio. Tras ello, en una *Primera Parte*, analizo el Derecho privado europeo. En éste estudio diversos documentos comunitarios coordinados en torno a la Directiva 1999/44. Después analizo los *Principles of European Law on Sales* y el incumplimiento esencial de los *Principles of European Contract Law*, por la remisión que a éstos hacen, los primeros. Estos *Principles* presentan interés pues en la compraventa en la que *no interviene un consumidor* exigen para resolver que el incumplimiento sea *esencial*; si *interviene un consumidor*, basta con que el incumplimiento *no sea menor*. Por esto y por los Comentarios explicativos que acompañan a estos Principios, doy de ellos particular cuenta. Ese diferente tratamiento de la resolución está también presente en el *Draft Common Frame of Reference*. Y en los *Principles of the Existing EC Contract Law* se generaliza la regla de que el acreedor no puede resolver el contrato, si el incumplimiento es menor. De estos otros textos doy también información.

Tras el análisis del Derecho Privado Europeo, comienzo con el del Derecho español, la *Segunda Parte* de mi trabajo. Me ha interesado conocer la situación existente en el Ordenamiento español con anterioridad a la *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (que incorporó la Directiva 1999/44). Esto conlleva estudiar la resolución del artículo 11.3 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*¹⁴. Y especialmente me ha interesado la aplicación judicial que del artículo 11.3 LGDCU han hecho las Audiencias Provinciales. Hay una asentada jurisprudencia que afirma que la resolución del artículo 11.3 LGDCU *no requiere* que el bien sea total o parcialmente inútil, tal y como exige la jurisprudencia del *aliud pro alio* para la resolución del artículo 1124 CC. El ámbito de estas dos resoluciones se concibe diferente, siendo mayor el de la resolución del artículo 11.3 LGDCU.

¹³ SIVESAND (2005) p. 153.

¹⁴ Sobre las expresiones de garantía legal y comercial, a propósito del artículo 11, 2 y 3, LGDCU, FENOY PICÓN (2006) [32]-[34] pp. 96-106.

Expuesta la etapa anterior, analizo la resolución del artículo 121 TR (art. 7 LG). Las particulares características de esta resolución son: se trata de un remedio de segundo grado (primero debe intentarse el cumplimiento) y tiene un amplio alcance aplicativo (su límite es la falta de conformidad de escasa importancia). La falta de conformidad de escasa importancia son esos defectos pequeños que el consumidor debe tolerar en el sentido de que, por ellos, no puede resolver la compraventa. El fundamento de esta resolución es la elevada protección que debe recibir el consumidor.

La resolución del artículo 121 TR no tiene que suponer una ruptura total con el Derecho anterior y en este sentido creo que la aplicación judicial que las Audiencias Provinciales han hecho del derogado artículo 11.3 LGDCU no ha de desecharse. Aunque superado por el Texto Refundido de Consumidores (cfr. DT 1.^a TR)¹⁵, la jurisprudencia en torno al artículo 11.3 LGDCU puede ayudarnos en los primeros momentos en los que todavía estamos, de desdolvimiento práctico de la resolución del artículo 121 TR. Sobre todo puede ayudar en que interpretativamente no acerquemos la resolución del artículo 121 TR a la resolución del artículo 1124 CC en lo que se refiere a la gravedad que del incumplimiento exige el Tribunal Supremo en la aplicación de su doctrina del *aliud pro alio*.

Hace bastantes años estudié la jurisprudencia del *aliud pro alio*. Puesto que intento comprobar si el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR, en cuanto a la entidad de la falta de conformidad difiere del de la resolución del artículo 1124 CC en su aplicación al *aliud pro alio*, he creído conveniente revisar dicha jurisprudencia. He revisado el período que va desde 2003 hasta 2007, comprobando que no ha habido cambios sustanciales. Tras ello, finalmente, procedo a comparar la resolución del artículo 121 TR con la del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio*. En mi opinión, los supuestos de hecho de estas resoluciones son distintos por lo que respecta a la entidad del incumplimiento resolutorio.

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

[9] Antes de iniciar la exposición del Derecho español, he de hacer ciertas consideraciones.

¹⁵ Y en mi opinión, derogado en parte por la Ley 23/2003; FENOY PICÓN (2006) [30]-[41] pp. 90-130 y en particular [42]-[48] pp. 130-148. V. DT 2.^a TR.

[10] *Primera consideración.*— Las normas sobre resolución que los autores comparan no siempre son las mismas. Ello puede deberse al momento en el que se publica el trabajo (por ejemplo, antes de que se incorporase la Directiva 1999/44 al Derecho español) o a la perspectiva desde la que se enfoca el estudio (se trata del Derecho interno y no del comunitario), etc. Y así resulta que, en ocasiones, uno de los elementos de la comparación es la resolución prevista en el artículo 3.6 Directiva 1999/44 y no la resolución del artículo 7 LG o la del artículo 121 TR. Otras veces, el otro elemento de la comparación no es la resolución del artículo 1124 CC, sino la resolución que se asienta en el concepto de *incumplimiento esencial* de la Convención de Viena (arts. 25, 49.1 CISG); en el del *incumplimiento esencial* de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (en adelante Principios UNIDROIT; art. 7.3.1); y en del *incumplimiento esencial* de los *Principles of European Contract Law* (PECL en adelante; art. 9:301). Téngase en cuenta que en los últimos años y de manera progresiva, los PECL van estando presentes en la construcción doctrinal y jurisprudencial de la resolución del artículo 1124 CC¹⁶ en lo que se

¹⁶ Más allá, en la dinámica de reordenar y revisar la resolución del artículo 1124 CC, ESPIAU ESPIAU defiende, en contra de la doctrina, hoy aceptada, de que el plazo de prescripción de la resolución del artículo 1124 CC son quince años (art. 1964 CC), un plazo de ejercicio de cuatro años de caducidad.

ESPIAU ESPIAU expone, como inicialmente el Tribunal Supremo se había inclinado por el plazo de cuatro años de la rescisión del CC, pero, a partir de la STS 24.9.1930, se asienta la tesis del plazo de prescripción de los quince años del artículo 1964 CC (pp. 614-620). Asimismo señala, que la doctrina de los autores ha seguido unánimemente el mencionado criterio jurisprudencial (pp. 620-622). Tras ello, ESPIAU ESPIAU entra a revisar dicha tesis. Destaca que la opción que ofrece el artículo 1124 CC al perjudicado, entre el cumplimiento o la resolución, son dos términos independientes y cada uno se regula por sus propias reglas (pp. 622-624). Entiende que la naturaleza jurídica de la resolución del artículo 1124 CC es la de ser una facultad de configuración jurídica (p. 625) y en relación con estas facultades, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina son unánimes en considerar que el plazo en que han actuarse es de *caducidad* (p. 626). En su opinión, no procede aplicar el artículo 1964 CC a la resolución del artículo 1124 CC, lo que argumenta como sigue. Las «acciones personales» a que se refiere el artículo 1964 CC son, en principio y en una interpretación sistemática, aquellas a través de las cuales se ejercitan derechos de crédito y se exige el cumplimiento de una obligación. Reconoce que también podrían tener cabida las acciones personales a través de las cuales se ejercitan derechos de configuración jurídica (cfr. art. 1930 CC). Desde esta perspectiva, la resolución del artículo 1124 CC podría tener encaje en el artículo 1964 CC. Ahora bien, este precepto sólo se ocupa de las acciones personales, cuyo plazo de ejercicio es el de un término de prescripción y no, si es de caducidad. El plazo de ejercicio de la resolución del artículo 1124 CC es de caducidad y por ello no puede aplicarse el plazo del artículo 1964 CC, que regula un plazo de prescripción [las anteriores afirmaciones en pp. 627-628; v. hasta p. 629]. Considera ESPIAU ESPIAU que, siendo la resolución del artículo 1124 CC una facultad de configuración jurídica, cuyo plazo de ejercicio está sujeto a caducidad y que carece de regulación específica, procede subsanar tal carencia aplicando por analogía preceptos que regulen casos semejantes (p. 629). Sostiene que es posible aplicar las disposiciones relativas a las acciones rescisorias de los artículos 1290 ss. CC, dado que también se refieren a facultades de configuración jurídica con idéntica finalidad, la de extinguir un contrato válidamente celebrado del que deriva un perjuicio para uno de los contratantes (p. 629, v. hasta p. 631). Por ello concluye, a propósito de la opción que

refiere a la noción del incumplimiento resolutorio¹⁷. Asimismo, los

el artículo 1124 CC reconoce al perjudicado por el incumplimiento, que, «mientras la acción de cumplimiento *prescribe* a los quince años [art. 1964 CC], la de resolución *caduca* a los cuatro [art. 1299.I CC]. Esto significa que tales acciones sólo coexisten durante este último período de tiempo y que, por tanto, la opción que se ofrece a su titular de escoger una u otra se agota una vez transcurrido el mismo, momento a partir del cual sus posibilidades de actuación se reducen a la facultad de exigir tan sólo el cumplimiento de la obligación» (p. 631). [ESPIAU ESPIAU (2006); para el Derecho catalán pp. 631-635].

¹⁷ Para la resolución del artículo 1124 CC y el incumplimiento esencial de los PECL y, sólo el Tribunal Supremo, por ejemplo: STS, 1.ª, 10.10.2005 (FD 6.º; Pte. Roca Trías), STS, 1.ª, 22.12.2006 [FD 3.º, letra a); Pte. Xiol Ríos], STS, 1.ª, 20.7.2006 (FD 8.º; Pte. Xiol Ríos), STS, 1.ª, 5.4.2006 (FD 3.º; Pte. Roca Trías). En la STS, 1.ª, 23.7.2007 (Pte. Xiol Ríos) se relaciona el artículo 1504 CC con el artículo 8:106 (3) PECL [en la sentencia aparece art. 1.806 (3); FD 7.º]; en esta sentencia también se cita el artículo 8:108 PECL, así como los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT (FD 7.º).

Particular atención merece la STS, 1.ª, 31.10.2006, que señala que los PECL sirven para *integrar* el artículo 1124 CC de conformidad con el mandato de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3.1 CC). En el FD 5.º: «B) Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1124, además de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación. La parte recurrente niega la concurrencia de este segundo elemento en el supuesto examinado./ C) Esta Sala había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras)./ Algunas sentencias han introducido matizaciones a este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la inefectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren (...) las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida (...) la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización (...) según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)./ Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el 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./ En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato./ (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado./ (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte» [es la traducción oficial del art. 8:103 PECL, revisada por Fernando SANZ MARTÍNEZ]./ *El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada lex mercatoria (ley comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan*

PECL se han tenido en cuenta en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CCO en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, de 1 de febrero de 2006 y, concretamente, en la definición del incumplimiento esencial, que es el incumplimiento que permite resolver el contrato (art. 64.1)¹⁸.

Al comparar las distintas normas sobre la resolución del contrato hemos de tener en cuenta el sistema del incumplimiento y de los remedios en los que cada una de aquellas opera. No es lo mismo comparar la resolución del artículo 121 TR (o del derogado art. 7 LG) con la resolución del artículo 1124 CC o, con la resolución de

el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica» (cursiva mía; cfr. art. 3.1 CC).

Otras materias en las que también se ha aludido a los PECL, por ejemplo: STS, 1.^a, 31.10.2005 (solidaridad y obligaciones mercantiles, FD 2.^o), STS, 1.^a, 4.7.2006 (buena fe objetiva, FD 6.^o), STS, 1.^a, 11.7.2006 (buena fe objetiva, solidaridad y obligaciones mercantiles, FD 5.^o, 7.^o), STS, 1.^a, 27.9.2006 (pago anticipado, FD 3.^o), STS, 1.^a, 5.1.2007 (compensación judicial, FD 3.^o, 3.^a), STS, 1.^a, 11.7.2007 (interpretación del contrato, FD 2.^o). Todas estas sentencias y las anteriores son de alguno de los dos siguientes Ponentes: Encarnación Roca Trías o Juan Antonio Xiol Ríos. Sobre la jurisprudencia, XIOL RÍOS (2007-1) pp. 9-32. Sobre la aplicación judicial española de los PECL, VENDRELL CERVANTES (2008-3) pp. 534-548; para la resolución del artículo 1124 CC y los PECL, pp. 524-540; VENDRELL también informa sobre sentencias de Audiencias Provinciales que han tenido en cuenta los PECL. Afirma: «6. On the other hand, the increasing use of PECL might become problematic in those cases where PECL leave a considerable level of flexibility to courts to decide a conflict of interests. The absence of a supreme court to unify the interpretation of PECL could lead to Spanish courts proceeding with a interpretation *pro domo sua* of them; which could differ from the original meaning of the text or from the doctrine of the other European national courts» (p. 547; coincido con el autor). V. asimismo PERALES VISCASILLAS para la aplicación judicial española de los PECL, (2008) pp. 472-500.

La idea de que nuestro Ordenamiento puede integrarse a través de estos Principios europeos, también se ha manejado en la STS, 1.^a, 17.7.2007 para el artículo 1902 CC y los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil; y también pueden completar al artículo 1104 CC. El caso trató de una reclamación de daños sufridos por una mujer que se cayó en la casa a la que había sido invitada (en el pasillo porque no estaba iluminado y parece que había un juguete). En el FD 3.^o: «(...)». 4.^a En los trabajos preparatorios de los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», actualmente en curso, se define el «Estándar de conducta exigible» como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (art. 4:102.1)./ 5.^a *Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104* cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» como a «la que correspondería a un buen padre de familia» para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos./ (...)» [cursiva mía; en la STS, 1.^a, 6.3.2007 se cita al artículo 6:102; con carácter general: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, European Group on Tort Law (2008)].

¹⁸ V. también artículo 63 de la *Propuesta*.

la Convención de Viena o, con la resolución de los Principios Unidroit o con la de los PECL. Esto siempre ha de tenerse presente.

[11] *Segunda consideración.*—En la doctrina se utilizan dos ideas distintas sobre la gravedad del incumplimiento: una objetiva y otra subjetiva. Pero, en relación con la cuestión de la que tratamos, no siempre se aclara convenientemente que concepción maneja el autor. Esto dificulta conocer con precisión el pensamiento de cada autor.

Sobre la gravedad del incumplimiento¹⁹:

a) La construcción objetiva analiza la entidad económica del incumplimiento en relación con el valor total de los intereses del contrato y, a través de esa relación se establece la gravedad del incumplimiento. Suele ponerse el ejemplo del artículo 1469 CC, según el cual, si la disminución de la cabida o calidad del inmueble es inferior a la décima parte de lo pactado no cabe la «rescisión» del contrato; si es superior, cabe «rescindir» la compraventa. En esta misma línea se encuentra el artículo 1470 CC, en el cual el corte para que el comprador pueda «desistir» del contrato se produce si la mayor cabida del inmueble excede de la vigésima parte.

b) La construcción subjetiva fija la atención en si el interés del acreedor (incorporado al contrato) se ha visto significativamente insatisfecho por el incumplimiento de deudor. Analiza si el incumplimiento ha frustrado el fin del contrato, lo cual —añado y— puede suceder en el incumplimiento de la falta de conformidad tanto si el bien adolece de defectos graves como de defectos de menor importancia y de defectos más pequeños. En esta construcción suelen ponerse, como ejemplos, el artículo 1479 CC (evicción parcial)²⁰, el artículo 1483 CC (saneamiento por cargas o graváme-

¹⁹ Las ideas del texto las extraigo de la lectura de: ÁLVAREZ VIGARAY (2003) pp. 213-229, 177-191; FERNÁNDEZ URZAINQUI (1997-I) pp. 53, 61-63, 72-73; MONTÉS PENADES (1989) pp. 1230-1231, 1239-1240; PINTÓ RUIZ, traducción y notas de la 1.ª ed. italiana de la obra de MOSCO, pp. 360-364. En la conexión entre los artículos 1124 CC y 1504 CC por la jurisprudencia: JORDANO FRAGA (1992) pp. 94-98 (apoya la exigencia de la gravedad en los arts. 7.1 y 1258 CC), 102-104, 107-109, 173-183.

²⁰ Aunque el artículo 1479 CC [«Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia en relación con el todo que sin dicha parte no la hubiera adquirido, (...) tenga mayor conexión con el cumplimiento parcial, son interesantes las siguientes consideraciones de MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA Y NAVARRO. MUCIUS SCAEVOLA: «Pongamos por ejemplo de lo primero la venta de una dehesa de cien hectáreas, de que son reivindicadas noventa por una tercer persona; la venta de un hotel de que es reivindicado el jardín. La significación de la pérdida en estos casos, no ya por su cuantía en relación con el todo, ó sea por el más ó menos valor proporcional de lo perdido, sino por su «importancia» respecto del total, cualquiera que sea la relación de precio ó valor, es ó puede ser tan grande que implique la inutilidad del contrato de compra. Repetimos que la cuantía de la pérdida no ha sido tenida en cuenta aquí por el legislador, pues para el fin á que éste aspira, tanto importa en el ejemplo de la dehesa que la privación haya sido de muchas ó de pocas hectáreas, de más ó de menos de su cabida, si consta que el comprador necesitaba precisamente la extensión comprada, y que cualquier

nes ocultos) o, los artículos 1484 ss. CC (saneamiento por vicios ocultos). En la presente construcción, el incumplimiento de obligaciones accesorias puede permitir la resolución del contrato.

La determinación y concreción del contenido de la regla contractual es algo clave en la construcción subjetiva. En ello, desempeña un importante papel la interpretación del contrato y su integración.

[12] Por mi parte, concibo la resolución desde esta construcción subjetiva. No obstante, la entidad económica del incumplimiento es normalmente un indicio del carácter esencial del mismo.

3.2 LA OPINIÓN DE LOS AUTORES ESPAÑOLES

[13] Con el riesgo simplificador, propio de toda síntesis, puede afirmarse que en el panorama español hay al menos dos grandes líneas.

Según una, en el sector de los consumidores, el campo operativo de la resolución por falta de conformidad es más amplio que el de la resolución del artículo 1124 CC o el de la resolución de la Convención de Viena o el de la resolución de los Principios UNIDROIT o de la resolución de los PECL. La otra tesis viene a consi-

disminución en ella le hubiera hecho desistir del contrato. Sin embargo de esto, no dejará de ser aplicable, por su evidente analogía, cuando se trate de inmuebles, la disposición del artículo 1469, el cual requiere para la rescisión que la disminución de cabida exceda del 10 por 100 del total./ (...)./ También es evidente que la apreciación de si la parte de cosa eviccionada es «de tal importancia en relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado» el comprador, (...), son apreciaciones que corresponden por su naturaleza, al campo del criterio judicial, como relativas á cuestiones de hecho, que han de decidirse exclusivamente por el resultado de las pruebas aportadas./ (...).» [(1906) pp. 579-581]. MANRESA Y NAVARRO: «Más, ¿cómo sabremos si la parte de que se ve privado el comprador es de tal importancia que pueda afirmarse que sin ella la compra no se hubiera verificado? El Código no marca el límite de esta importancia, ni lo hace consistir en una parte alícuota del valor ni de la cabida ó número de la totalidad de la cosa comprada. Únicamente parece dar á entender que esa importancia ha de graduarse en relación con la cosa vendida; pero la forma y la manera de formular este juicio previo, indispensable para decidir cuáles son las acciones que al comprador asisten, no están en el Código. Ni podía este consignarlas, so pena de establecer un casuismo que las más de las veces sería injusto. La naturaleza de la cosa comprada, el fin á que se la destina, los propósitos del comprador revelados —como dice el artículo 1282— por sus propios actos coetáneos y posteriores al contrato, serán los datos que, unidos á la importancia de la parte que por evicción se ha perdido en relación con la totalidad de la cosa, darán la clave para la aplicación del artículo 1479. Esto siempre implicará un problema de prueba, cuya apreciación corresponde á los tribunales» [(1905) pp. 190-191]. Sobre la evicción parcial y la gravedad de la privación, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, (2004) pp. 139-226; recogiendo las opiniones actuales, en concreto pp. 147-148; v. hasta p. 154; asimismo en particular pp. 167-170; v. pp. 189, 196, 215-218, 222-223; en relación con el artículo 1483 CC y la importancia del gravamen, pp. 276-280; pp. 304, 309, entiende la autora que el concepto de evicción del CC incluye tanto un concepto material o cuantitativo como cualitativo de la pérdida.

derar que las resoluciones de la compraventa, antes mencionadas, vienen a tener igual, similar, o próximo ámbito, en lo que se refiere a la importancia del incumplimiento²¹.

[14] Entre quienes perciben un diferente alcance en la entidad del incumplimiento se ubican los siguientes autores:

a) Orti Vallejo (en 2002) destaca, en relación con la Directiva 1999/44/CE, que exigir que el defecto sea de *no* escasa importancia no es igual que requerir que el mismo sea grave y que la amplitud de la resolución contractual de la Directiva supone un cambio importante en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, cuando aplica las reglas generales del incumplimiento en la compraventa, que los defectos revistan gravedad. En este punto, además, la Directiva 1999/44 también rompe con la Convención de Viena²².

b) M. J. Marín López tiene dos trabajos en los que plantea la cuestión de la que trato, trabajos en los que las normas que compara son distintas.

b.1) El primero de ellos se publica en 2004. En este trabajo el autor compara la resolución de la Directiva 1999/44 y la resolución por incumplimiento esencial de la Convención de Viena (arts. 25 y 49.1) y de los PECL (art. 9:301). Afirma que las posibilidades de resolución son más amplias en la Directiva 1999/44, que en la Convención de Viena²³.

b.2) Tres años después (esto es, en 2007), M. J. Marín López publica el segundo trabajo. En éste compara la resolución del artículo 7 LG (art. 121 TR) con la resolución del artículo 1124 CC.

En relación con la resolución de la Ley de Garantías, el autor destaca el problema de concretar qué es la escasa importancia de la falta de conformidad. Señala que la entidad de la falta de conformi-

²¹ En sus consideraciones está presente la cuestión de la entidad de la falta de conformidad resolutoria, pero su enfoque difiere del que expongo en texto, las siguientes autoras. Según LÓPEZ HERNÁNDEZ [(2008) p. 54], el Texto Refundido no requiere que la falta de conformidad sea de cierta entidad y considerable para que el vendedor responda. Lo que a su entender modaliza la entidad de la falta de conformidad es el cuadro de los remedios de los que el consumidor dispone: si el defecto de conformidad es leve, están la reparación o la sustitución del bien, medidas conservadoras del contrato; siendo la falta de conformidad importante, al consumidor no se le priva de otras medidas como la rebaja del precio y la resolución del contrato. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ [(2008) p. 607] destaca el carácter subsidiario de la resolución del artículo 121 TR por faltas de conformidad que no sean de escasa importancia y que no pueden ser solucionadas por otra vía, de acuerdo, señala, con la jurisprudencia que reserva la resolución del contrato al incumplimiento de las obligaciones esenciales; añade que la cuestión es concretar, en el caso, si la falta de conformidad es o no relevante a efectos de la resolución del contrato.

²² ORTI VALLEJO (2002) pp. 183-185.

²³ M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) pp. 182-183; cita a Cristofaro (*supra* nota 8).

dad ha de medirse por criterios objetivos, por criterios de mercado. Pero que también pueden tomarse en cuenta criterios subjetivos, por lo que un defecto objetivamente leve puede ser relevante si frustra la finalidad que el comprador perseguía con la compra. Dicho lo anterior, de inmediato, M. J. Marín destaca la diferencia que media entre esta resolución de la Ley de Garantías y la resolución del artículo 1124 CC, pues en el caso de esta última la jurisprudencia exige que el incumplimiento sea grave²⁴.

Dando un paso más, este autor plantea, si puede haber casos en los que, aun siendo la falta de conformidad *de escasa importancia*, puede el consumidor resolver el contrato de compraventa. Indica que en principio la respuesta ha de ser negativa, por virtud del artículo 7 LG. No obstante, admite la existencia de excepciones a la regla, en las que el consumidor está legitimado para proceder a la resolución del contrato por faltas de conformidad de escasa importancia.

Conviene que antes de continuar con la exposición de la opinión de M. J. Marín López sobre la cuestión analizada, señale cómo entiende este autor, el modo en que opera la jerarquía de los remedios por la falta de conformidad del bien. El artículo 7 LG dispone que el consumidor puede acudir a la resolución o la reducción del precio «cuando no pudiese exigir la reparación o la sustitución». La «o» que media entre las dos modalidades del cumplimiento específico (remedios primarios) la interpreta M. J. Marín López en su significado disyuntivo. Esto es: basta con que una de dichas posibilidades de cumplimiento *in natura* no pueda exigirse, por la causa que fuere (por ser imposible, por ser desproporcionada), para que el consumidor pueda, según la Ley de Garantías de 2003, ejercitar los remedios secundarios de la reducción del precio y de la resolución del contrato²⁵.

Indicado lo anterior, en la cuestión de si las faltas de conformidad de escasa importancia pueden permitir al consumidor resolver el contrato, M. J. Marín López afirma que ello es posible, si el vendedor repara o sustituye el bien, pero lo hace de manera infructuosa; o si se niega a reparar o a sustituir el bien desde el primer momento o no lo hace en un plazo razonable. En estos casos, el consumidor puede resolver, incluso siendo la falta de conformidad de escasa importancia. En cambio, el consumidor no puede resolver si uno de los dos remedios primarios (reparación, sustitución) es imposible o desproporcionado (con lo que, en su opinión, el consumidor podría en principio acudir a los remedios secundarios

²⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ (2007) p. 1400.

²⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) p. 361.

de la reducción del precio y de la resolución) y se trata de una falta de conformidad de escasa importancia²⁶.

c) Las consideraciones que Verda y Beamonte realiza en 2004, a propósito de la Directiva 1999/44, se sitúan en una visión distinta de la expuesta en las anteriores opiniones. En sus consideraciones está presente la cuestión de la gravedad o de la escasa importancia de la falta de conformidad.

Pensando en la subsidiaridad del remedio de la resolución frente a la reparación del bien o su sustitución (arts. 3.5, 3.3.I Directiva 1999/44), Verda y Beamonte destaca la importancia que tiene que el artículo 3.6 Directiva 1999/44 establezca que el consumidor no puede resolver el contrato, si la falta de conformidad es de escasa importancia. A su entender, la entidad del defecto es decisiva en la posibilidad de poder resolver o no la compraventa. Si el defecto es de escasa importancia, no cabe, en principio, la resolución; pero, si el defecto es de tal trascendencia que frustra el fin del contrato con insatisfacción del comprador, este, en aplicación del artículo 1124 CC, puede demandar la resolución sin necesidad de intentar primero que el bien sea puesto en conformidad al contrato. Añade, que si el defecto del bien no tiene, «per se», entidad suficiente como para provocar la inhabilidad total del bien para el uso para el que se compró, pero el vendedor no lo repara o sustituye por otro bien en un plazo razonable, sí cabe la resolución del contrato en el ámbito de la Directiva 1999/44²⁷.

d) Castilla Barea (en 2005) entiende a nivel puramente abstracto que son posibles dos interpretaciones sobre el significado de la escasa importancia del artículo 7 LG.

Una, que rechaza, consiste en considerar que «leve» y «gravedad» son antónimos absolutos y los posibles defectos del bien han de encajar en una u otra categoría. Lo cual, según ella, conduce a entender que el artículo 7 LG exige para la resolución, que la falta de conformidad sea grave (interpretado *a contrario sensu*). La otra interpretación consiste en entender que entre lo «leve» y lo «grave» hay una serie de supuestos intermedios, los cuales no encajan en una u otra categoría. Si se defiende esta otra interpretación, la Ley de Garantías amplía el campo operativo de la resolución del contrato, en comparación con las normas que exigen el carácter esencial del incumplimiento esencial o la gravedad del defecto para ejercitar la resolución. En esta segunda interpretación, cabe la resolución de la compraventa, incluso si la falta de conformidad no

²⁶ M. J. MARÍN LÓPEZ (2007) pp. 1400-1401.

²⁷ VERDA Y BEAMONTE (2004) nota 206 p. 294.

puede estimarse estrictamente grave; el límite es la falta de conformidad de escasa importancia.

Castilla Barea es partidaria de la segunda interpretación porque asegura una mayor protección al consumidor y porque considera que dicha interpretación es más coherente con la intención del legislador de que ninguna falta de conformidad quede al margen de la protección legal. Finalmente indica, que de esta manera la resolución de la Ley de Garantías viene a diferenciarse de la tradicional acción redhibitoria (edilicia) del saneamiento, al tiempo que resulta un remedio más coherente con el principio de adopción de la medida proporcionada, pues, en general, un defecto de escasa entidad es susceptible de sanearse con menor coste mediante su reparación, o en último caso, está la reducción del precio²⁸.

e) Peña López (en 2008)²⁹ compara la resolución del artículo 121 TR con la resolución del artículo 1124 CC. Afirma que entre ambas resoluciones median diferencias en cuanto a los presupuestos de ejercicio, pero no en cuanto a sus efectos, los cuales coinciden³⁰.

Sobre los presupuestos, indica que la resolución del artículo 1124 CC no es subsidiaria de la de cumplimiento, lo que en cambio sucede con la resolución del artículo 121 TR, que opera tras la sustitución y la reparación³¹. Además, la resolución del artículo 1124 CC exige un incumplimiento grave, mientras que en el artículo 121 TR se establece que la falta de conformidad no ha de ser de escasa importancia. Considera que ambos preceptos exigen una entidad diferente del incumplimiento resolutorio, atendiendo a los antecedentes del artículo 121 TR. Afirma que el defecto de escasa importancia es la «violación leve e insustancial de la obligación de conformidad»; una falta de conformidad, que atendida la finalidad perseguida por el comprador y las características del bien, convierta en abusiva e injustificada la resolución. Cita las SSAP de Castellón 28.11.2005 y Zaragoza 14.2.2007³².

[15] Como apunté, otros autores trazan una conexión entre la falta de conformidad de la Ley de Garantías con el incumplimiento esencial de la Convención de Viena y el incumplimiento esencial de los Principios UNIDROIT; o aproximan la resolución del artículo

²⁸ CASTILLA BAREA (2005) pp. 247-250.

²⁹ En la 2.^a edición de la obra *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LÓPEZ/PEÑA LÓPEZ (2008), pp. 617-621. La 1.^a edición es de 2005.

³⁰ PEÑA LÓPEZ (2008) pp. 619 y 620.

³¹ PEÑA LÓPEZ (2008), p. 620; 1.^a ed. (2005), p. 412. RUBIO TORRANO también apunta esta diferencia entre la resolución del artículo 1124 CC y la del artículo 121 TR [(2003) p. 1884].

³² PEÑA LÓPEZ (2008) p. 629; 1.^a ed. (2005) p. 413, sin cita de las sentencias.

lo 7 LG a la resolución del artículo 1124 CC. Las afirmaciones de estos otros autores tienen, a veces, un carácter incidental en su discurso.

a) Vérguez, en 2004, señala que la no procedencia de la resolución contractual cuando la falta de conformidad es de escasa importancia (art. 7 LG) es una medida que puede considerarse como aplicación del principio del moderno Derecho de la contratación, de que la resolución sólo cabe cuando el incumplimiento es esencial y que en el fondo, a quien beneficia es al empresario vendedor. En nota, cita los artículos 7.3.1 Principios UNIDROIT³³ y 49.1.a) CISG, que tratan del incumplimiento esencial.

Con tal afirmación, puede entenderse que la falta de conformidad de *no* escasa importancia es un supuesto de incumplimiento esencial que permite resolver el contrato. He de indicar, no obstante, que la cuestión estriba en concretar, cuándo el incumplimiento reúne la condición de esencial.

Además, la autora destaca, como cosa distinta de lo que antes afirmó, que el problema es determinar, en el concreto caso, si la falta de conformidad es o no de escasa importancia, pues lo que está claro es que la resolución tiene límites. Este límite de la resolución tiene, según la autora, especial importancia en la venta de bienes usados, en los que excluida la sustitución por la propia Ley de Garantías (actual TR) y siendo frecuentemente difícil y costosa la reparación, la rebaja del precio podrá resultar el remedio que haya de ser aplicado³⁴.

b) En la línea de la opinión que acabo de exponer, se manifiesta asimismo Avilés García en 2006. Señala, además, que *lege ferenda* hubiera sido interesante y oportuno que el legislador hubiere asumido la tarea de perfilar esta resolución con un mínimo de nitidez³⁵.

³³ Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT: «(Derecho a resolver el contrato)/ (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial./ (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;/ (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;/ (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;/ (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en un futuro;/ (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento./ (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5».

³⁴ VÉRGEZ (2004) p. 101.

³⁵ AVILÉS GARCÍA (2006) pp. 374-375; v. no obstante p. 317.

c) En 2004, Costas Rodal compara, incidentalmente, otros preceptos: el artículo 1124 y el artículo 7 LG. Señala que la elección entre la reducción del precio o la resolución del contrato está en manos del consumidor, excepto si la falta de conformidad es de escasa importancia. La norma de que en este último caso no puede el consumidor optar por la resolución está en conexión, apunta Costas, con la resolución del artículo 1124 CC que exige un incumplimiento de cierta gravedad con fundamento en el principio de conservación del contrato (art. 7 *in fine*). Destaca que la Ley de Garantías no delimita el concepto de «escasa importancia», debiendo decidirse en cada caso «en función de la disminución de utilidad del bien que produzca la falta de conformidad (criterio funcional)»³⁶.

Puede percibirse un cierto paralelismo entre la resolución del artículo 7 LG y la del artículo 1124 CC.

d) Finalmente, Martínez Velencoso (en 2007) compara la resolución de la Ley de Garantías (actual TR) con la resolución del artículo 1124 CC. Recuerda que, aunque el artículo 1124 CC no limita la resolución a los incumplimientos más graves, así lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tras ello, destaca que existe cierto paralelismo entre esta resolución del artículo 1124 CC y la resolución de la Ley de Garantías (actual TR). Por fin señala, que las normas del saneamiento por vicios ocultos no establecen que el vicio sea de cierta entidad para aplicar la resolución del contrato³⁷.

3.3 LA GRAVEDAD DEL VICIO OCULTO DEL CC Y LA FALTA DE CONFORMIDAD DE NO ESCASA IMPORTANCIA DEL TEXTO REFUNDIDO

[16] Otros autores comparan el concepto de falta de conformidad de escasa importancia con la gravedad del vicio oculto. En esta línea se sitúan Represas Polo y Serrano Chamorro.

a) Para Represa Polo (en 2006), en una interpretación literal, la falta de conformidad de escasa importancia es una noción «más exigua» que la gravedad del vicio oculto. Indica –con apoyo en Peña López– que por falta de conformidad de escasa importancia ha de entenderse, aquélla que atendiendo al fin perseguido por el

³⁶ COSTAS RODAL (2004) p. 2070; v. también p. 2066.

³⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO (2007) p. 141.

comprador y las características del bien hace que la resolución sea medida abusiva e injustificada³⁸.

b) Serrano Chamorro (en 2006) encuentra cierto paralelismo entre el defecto no grave que no permite el saneamiento por vicios ocultos y la falta de conformidad de escasa importancia que no da derecho a la resolución.

Sobre la gravedad del vicio oculto, la autora destaca que el defecto ha de tener cierta importancia, pues un defecto de poca monta, insignificante, no tiene entidad para la redhibitoria; el defecto insignificante no puede tenerse en cuenta. Señala, además, que el tráfico no sería posible si las cosas hubieran de ser perfectas. Esta exigencia, nos sigue indicando Serrano, se plasma en la regla de que la resolución no procede cuando la falta de conformidad es de escasa importancia³⁹.

II. PRIMERA PARTE:

DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

1. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE ESCASA IMPORTANCIA EN DOCUMENTACIÓN COMUNITARIA EN TORNO A LA DIRECTIVA 1999/44

[17] La expresión de falta de conformidad de escasa importancia del artículo 121 TR procede directamente de la Directiva 1999/44. Por ello es oportuno acudir al Derecho comunitario, con el intento de averiguar cual pueda ser el significado de esa expresión.

Conviene que recuerde, brevemente, como se articulan entre sí, en la Directiva 1999/44, los remedios del consumidor ante la entre-

³⁸ REPRESA POLO (2006) p. 168 [v. Peña López, *supra* [14] e)]; de esta autora v. también pp. 138, pp. 140-142; p. 163. REPRESA POLO asocia los remedios de la reducción del precio y de la resolución contractual con las acciones edilicias, denominando a aquéllos con la terminología tradicional: «(...); estas acciones [las del art. 7 LG; vigente art. 121 TR] básicamente son las tradicionales acciones edilicias, con las que se pretende solucionar la insatisfacción del comprador derivada de la falta de conformidad de los bienes./ La LGVBC, siguiendo el modelo diseñado en el artículo 3 de la Directiva, *condiciona el ejercicio de la acción estimatoria y la acción redhibitoria a la imposibilidad de corregir la falta de conformidad mediante las acciones principales previstas a tal fin.* (...) El texto de la ley no da lugar a discusión en cuanto al carácter subsidiario de la acción estimatoria y la acción redhibitoria (art. 7 LGVBC), (...)» [(2006) pp. 159-160; cursiva mía].

³⁹ SERRANO CHAMORRO (2006) p. 199. V. *infra* nota 190.

ga de una cosa no conforme con el contrato (arts. 3, 1 y 2 Directiva 1999/44⁴⁰).

En primer lugar, el consumidor puede exigir al vendedor, que le repare el bien o que se lo sustituya, salvo que ello sea imposible o desproporcionado (art. 3.3 Directiva 1999/44⁴¹). En el caso en el que el consumidor no pueda exigir ni la reparación, ni la sustitución del bien o si el vendedor no lleva a cabo el saneamiento del bien en plazo razonable o si no lo lleva a cabo sin mayores inconvenientes para el consumidor, el consumidor tiene derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato (art. 3.5 Directiva 1999/44⁴²). Tras ello, el apartado 6 del artículo 3 de la Directiva 1999/44 precisa la norma que me interesa:

«El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia».

1.1 IDEAS PREVIAS

[18] Señalaré las que siguen:

a) La cuestión de en qué consiste la falta de conformidad de escasa importancia puede plantearse porque, como es sabido, la Directiva 1999/44 no define qué ha de entenderse por aquélla. La razón por la que la Directiva no lo explicita, podría deberse, a que el legislador europeo haya considerado que la propia terminología evoca aquello que quiere indicarse. Esto es, que no hay la necesidad de la definición. No obstante, puede suceder que se deja a los Estados miembros la determinación de tal concepto.

Esta técnica del concepto indeterminado (la de la cláusula abierta) no es extraña en las Directivas de protección de los consumidores. Es una técnica que tiene sus ventajas, pero también sus

⁴⁰ Artículo 3 Directiva 1999/44: «1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien./ 2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6./ (...)» (continúa en la siguiente nota).

⁴¹ Artículo 3 Directiva 1999/44: «(...)/. 3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado./ Se 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 alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor./ Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo 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».

⁴² Transcrito *supra* nota 10.

inconvenientes, lo que se comprueba en nuestro caso. El TJCE desempeña un relevante papel en la concreción de estos conceptos indeterminados.

b) En cuanto a las fuentes que han podido inspirar la norma del artículo 3.6 de la Directiva 1999/44, he encontrado distintas opiniones.

Por ejemplo, Staudenmayer afirma que la norma se deriva de los Derechos escandinavos y, apoyándose en este autor, así lo señala Sivesand, a quien cité en la Introducción de este de este trabajo, y Baldus⁴³. En cambio, Cristofaro no descarta que los redactores comunitarios se hayan inspirado en la *Section 14 (2B) (c)* de la *Sale of Goods Acts* (inglesa) de 1979. En la *Section* citada, se enumera una serie de elementos relativos a la calidad de los bienes y entre ellos aparece que los bienes estén libres de defectos menores («freedom from minor defects»)⁴⁴.

[19] Por mi parte, creo que lo que al menos sí puede afirmarse, es que la Directiva 1999/44 refleja, con claridad, la no aplicabilidad del remedio de la resolución del contrato a toda posible falta de conformidad. La resolución no es un remedio de carácter absoluto. Tiene límites.

Otra idea que ha de tenerse presente es que la Directiva 1999/44 se ubica en la política de contribuir a alcanzar un alto nivel de protección del consumidor del Derecho comunitario. Una resolución del contrato, concebida con un alcance amplio, va en la citada línea de la alta protección.

⁴³ STAUDENMAYER (2000) p. 556; en nota, en la p. 547, se indica: «The author was the competent Commission official participating in the legislative procedure concerning this Directive. (...)»; SIVESAND (2005) pp. 144-145; BALDUS (2006) p. 1629; en nota 22, Baldus cita D. Staudenmayer, «EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts», en S. Grundmann/D. Medicus/W. Rolland (ed), *Europäisches Kaufgewährleistungs. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln et al., 2000, pp. 27-47 (esp. p. 39).

⁴⁴ CRISTOFARO (2000) nota 56, pp. 210-211. En el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo [DO C 104, 6.4.98], la enmienda 22 señalaba: «Artículo 2, apartado 2 ter (nuevo)/ 2 ter. A los efectos de la letra b) del apartado 2, para determinar si los bienes son aptos para los usos previstos, se examinarán, entre otros, los siguientes aspectos de la calidad de los bienes: aspecto y acabado, inexistencia de pequeños defectos, seguridad y durabilidad» (p. 35).

Situándose en otro plano, en el del Derecho interno, y empleando la cita a modo de comparación (no de inspiración de otra norma, que es lo que me interesa), L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala: «El artículo 1455 del CC italiano dice que el contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento de una de las partes tiene *escasa importancia* tomando en consideración el interés de la otra parte. Entre nosotros, existe algo así como un eco de esta misma línea rectora en la Ley 23/03 de 10 de julio sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuyo artículo 7 dice que la resolución no procede cuando la falta de conformidad sea de *escasa importancia*./ (...)» [(2005) p. 55; v. también pp. 58-59]. Una exposición del Derecho italiano por CAPILLI (2007) pp. 1679-1728. Sobre la «lieve entità» de la falta de conformidad del artículo 130.10 del *Codice del Consumo* italiano, que responde al artículo 3.6 Directiva 1999/44: CALVO (2007) pp. 262-266.

Además, la resolución del contrato compraventa es, en la Directiva 1999/44, un remedio de segundo grado; esto es, puede operar tras el fallido intento de cumplimiento por parte del vendedor. A la hora de concretar la disponibilidad del remedio de la resolución, justificado en la falta de conformidad de no escasa importancia, no es lo mismo hacer la valoración después del fallido intento de cumplimiento por parte del vendedor, que hacerlo antes de que el mismo haya podido tener lugar. Si el juicio se hace después del intento de cumplimiento del contrato, es más comprensible ampliar la admisión del remedio de la resolución del contrato, aunque ello no tiene necesariamente que ser así.

En la tramitación de la Directiva 1999/44 se percibe que descubierta la falta de conformidad, el legislador comunitario ha procedido a una valoración ponderada de los intereses de vendedor y comprador. En la versión definitiva de la Directiva, primero se va a intentar salvar la eficacia del contrato, lo que claramente protege al vendedor, aunque al mismo tiempo se protege al consumidor en cuanto que puede conseguir aquello que contrató. Pero si el intento de cumplimiento no tiene éxito o no era posible hacerlo o causaba graves inconvenientes para el consumidor, entonces se abre para este último la posibilidad de la resolución del contrato. Lo que sucede es que diseñada así, sin más, esta segunda regla, de inmediato se percibe que la resolución podría resultar en ciertos casos un remedio desproporcionado para el vendedor. O, expresado desde una perspectiva tal vez más acomodada a nuestra tradicional formación jurídica: la regla de la posibilidad de resolver el contrato en todo posible caso no parece ajustarse plenamente con el principio de la buena fe objetiva. De ahí que el artículo 3.6 de la Directiva señale la no procedencia de la resolución por faltas de conformidad de escasa importancia.

En conclusión, siendo cierto que en la Directiva 1999/44 no se define que es falta de conformidad de escasa importancia, sí puede interpretarse que en el uso de esta expresión se manifiesta una tendencia a facilitar la resolución de la compraventa en beneficio del consumidor. Por otro lado, a los redactores de la Directiva no les ha preocupado aclarar la relación que puede mediar entre la resolución del artículo 3.6 Directiva 1999/44 y la resolución de la CISG. Esto es algo que ha sido abierto por los autores.

[20] La lectura de la documentación comunitaria a la que me refiero en el siguiente epígrafe es la que me ha sugerido las consideraciones que acabo de realizar.

1.2 DOCUMENTOS COMUNITARIOS RELATIVOS A LA DIRECTIVA 1999/44

[21] La documentación consultada, sobre la cual haré mis consideraciones, es la siguiente:

a) En el *Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* de 15 de noviembre de 1993⁴⁵, en la hipótesis de trabajo propuesta por la Comisión para los remedios del consumidor, se constata que se intenta conseguir un equilibrio entre la salvaguarda de la protección del consumidor y la no imposición para el vendedor de buena fe de una carga excesiva⁴⁶.

El primer acercamiento a los remedios del consumidor es *su disponibilidad alternativa, de libre opción por el consumidor*. Los remedios son: 1) la «anulación del contrato» (resolución); 2) el «reembolso de parte del precio pagado» (reducción del precio); 3) la sustitución del producto defectuoso por otro (tratándose de bienes fungibles); y 4) la reparación del producto⁴⁷.

Hecha la elección por el consumidor, de inmediato aparecen y se tienen en cuenta los intereses del vendedor. Esto se plasma en que el vendedor puede oponerse al remedio elegido por el consumidor. Aquí, la hipótesis de trabajo se percibe muy detallista y tal vez pueda decirse que en cierto modo no está del todo articulada. Algo lógico en esta inicial etapa. Así: 1) a la «anulación del contrato», el vendedor puede oponer la sustitución o la reparación del producto; 2) a la reducción del precio, puede oponer uno de los otros tres remedios; 3) a la sustitución, oponer la «anulación del contrato» o la reparación del producto, pero sólo si la reparación se efectúa inmediatamente o, en la anulación, si la sustitución es imposible o no es posible de inmediato y el consumidor no acepta la duración necesaria para hacer la reparación; y 4) a la reparación,

⁴⁵ COM (93) 509 final, 15.11.1993.

⁴⁶ Libro Verde: «*Los efectos tradicionales de la garantía legal son el derecho del comprador a anular el contrato o a obtener una reducción del precio [para el Derecho español, piénsese en el saneamiento por vicios ocultos, añadido]. En las modernas relaciones de consumo, estos medios son a la vez demasiado rígidos y demasiado insuficientes. A menudo corren el peligro de no satisfacer ni al consumidor ni al vendedor. Por ello, ciertos sistemas jurídicos se han decidido por fin a introducir, de uno u otro modo, en el marco de la garantía legal, los medios tradicionales de la garantía comercial, a saber, la sustitución o la reparación del bien [para el Derecho español, recuérdese la derogada garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU, añadido]. Cuando sea posible, debería preferirse la sustitución o la reparación frente a las otras posibles soluciones y esto significaría el contrapunto de una visión más amplia del concepto de «defecto». Se trata de esta manera de salvaguardar la protección del consumidor, sin imponer al vendedor de buena fe una carga excesiva*» [COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92].

⁴⁷ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

oponer la sustitución en el mismo plazo, o la «anulación del contrato» si ni la reparación ni la sustitución son posibles⁴⁸.

En el Libro Verde se hacen unas consideraciones específicas sobre lo que se denominan «defectos menores». Sobre estos «defectos menores» se indica: que «el profesional podría imponer al consumidor una segunda solución consistente en una reducción del precio salvo si el consumidor prueba que el defecto tiene para él una importancia fundamental»⁴⁹.

No se impone al consumidor la obligación de soportar más de una tentativa de reparación o una única sustitución del producto y, si el producto sigue defectuoso tras una de esas tentativas, el consumidor puede «anular el contrato»⁵⁰.

Por último, si el vendedor es de mala fe, en el Libro Verde se precisa que dicho vendedor no puede oponerse al remedio que haya elegido el consumidor; este tiene un derecho absoluto a imponer al vendedor el remedio elegido. Esto sin perjuicio de las disposiciones nacionales pertinentes, fundamentalmente las relativas al dolo o fraude. La carga de la prueba de la mala fe del profesional corresponde al comprador⁵¹.

b) En la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 1996*⁵², el artículo 3.4 establece que el consumidor dispone, *con carácter alternativo*, de los remedios de la reparación, la sustitución, la reducción del precio y la «rescisión» (resolución) del contrato.

Se impone un límite a los remedios de la sustitución y de la rescisión (resolución), consistente en que su ejercicio se limita al plazo de un año.

*Además, los Estados miembros pueden limitar los anteriores remedios para las faltas de conformidad «leves»*⁵³.

⁴⁸ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

⁴⁹ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

⁵⁰ COM (93) 509 final, p. 93.

⁵¹ COM (93) 509 final, p. 93.

⁵² DOCE C 307, 16.10.1996.

⁵³ Artículo 3.4 de la *Propuesta*: «Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, con arreglo al artículo 4, el consumidor podrá pedir a éste la reparación gratuita del bien en un plazo razonable, o la sustitución de dicho bien, siempre que sea posible, o una reducción adecuada del precio, o bien la rescisión del contrato. El ejercicio del derecho a la rescisión o a la sustitución estará limitado a un año./ Los Estados miembros podrán prever que, en caso de faltas de conformidad leves, se limite la gama de derechos mencionados en el párrafo primero».

En los Considerandos de la *Propuesta* se lee: «Considerando que, en caso de que el producto no sea conforme al contrato, es conveniente otorgar al consumidor el derecho a pedir la reparación o la sustitución del bien, o, en concepto de indemnización, una reducción del precio pagado por él, o la rescisión del contrato de venta; que, no obstante, es preciso limitar en el tiempo el ejercicio de estos derechos y fijar los plazos en que estos podrán ejercerse ante el vendedor».

c) En el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* de 27 de noviembre de 1996⁵⁴, el Comité se muestra favorable a que el consumidor, del modo más rápido y eficaz posible, pueda ejercer su derecho a una prestación conforme al contrato. De ahí que parezca oportuno conceder al consumidor la posibilidad *de optar* entre distintos remedios, si bien –matiza el Comité– en la medida en que sean económicamente aceptables desde la perspectiva del comerciante⁵⁵.

Sobre el remedio de la «rescisión» (resolución), el Comité reconoce que su posible ejercicio directo, inmediato, al comprobarse defectos nimios, puede en casos particulares ser una carga injustificable para el comerciante. Ahora bien, de la lectura del documento puede extraerse la conclusión, de que la preocupación fundamental del Comité es la de la seguridad jurídica: dado que en la Propuesta de Directiva de 1996 *se permite a los Estados miembros que puedan excluir ciertos remedios para las faltas de conformidad leves, como el de la «rescisión», ello puede dar lugar a una nueva inseguridad jurídica*. Para evitarlo, el Comité recomienda, que en la propia Directiva se aclare la cuestión de la admisibilidad de cualquier remedio ante faltas de conformidad leves⁵⁶.

d) En contraste con la Propuesta de 1996, en la que los remedios del consumidor son alternativos, en la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* de 1 de abril de 1998⁵⁷ se comienza a perfilar la jerarquía entre los remedios del consumidor derivados de la falta de conformidad del bien.

El artículo 3.4 de la *Propuesta modificada de 1998* señala que, comunicada al vendedor la falta de conformidad, aquél ha de ofrecer sin demora la reparación gratuita o la sustitución del bien. Es el consumidor quien puede elegir entre esas dos opciones, salvo que teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses del

⁵⁴ DOCE C 66, 3.3.1997.

⁵⁵ Dictamen del CES, núm. 3.13.

⁵⁶ Dictamen del CES, núm. 3.14. De interés, además: «3.16. La propuesta de Directiva no incluye ningún tipo de comentarios sobre cuál deba ser la solución para el caso en que un derecho ejercido por el consumidor no surta efecto. Esto reviste especial importancia cuando el consumidor reivindica en un primer momento su derecho a reparación, pero el vendedor no cumple su compromiso. En estos casos se debe otorgar al consumidor, después de que haya reclamado en vano la reparación, el derecho a poder rescindir el contrato de compraventa, aun cuando haya transcurrido un año a partir del momento de la entrega./ 3.17. Incluso en el caso de intento fallido de reparación por parte del productor, debe concederse al consumidor el derecho a exigir la rescisión del contrato independientemente de que haya expirado el plazo previsto al final del primer párrafo del apartado 4 del artículo 3» (Dictamen CES).

⁵⁷ DOCE C 148, 14.5.1998.

vendedor sea adecuada económicamente una concreta reclamación y ello sea razonable para el consumidor. Se aclara, no obstante, que el consumidor no ha de aceptar la oferta de reparación, si la misma conlleva una disminución del valor del bien; en tal caso, el consumidor puede exigir una indemnización.

Si no es posible ni la reparación, ni la sustitución del bien o si intentada la reparación, no se logra subsanar la deficiencia, el consumidor puede exigir la reducción adecuada del precio o la «rescisión» del contrato. En relación con esta «rescisión» nada se precisa. Esto es, nada se indica a propósito de las posibles faltas de conformidad «leves» a las que aludía la Propuesta de Directiva de 1996⁵⁸.

e) En la *Posición Común aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*⁵⁹, reaparece la cuestión de la resolución y de las faltas de conformidad de escasa importancia. El sistema de remedios que se diseña en la Posición Común es como sigue.

Según el artículo 3.3, el consumidor puede exigir la reparación del bien o su sustitución, salvo que ello sea imposible o desproporcionado. Y, si el consumidor no puede exigir ni la reparación, ni la sustitución, o el vendedor no dio satisfacción al consumidor en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, este último tiene derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato (art. 3.4).

⁵⁸ Artículo 3.4 de la *Propuesta Modificada*: «Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, el vendedor deberá ofrecer, sin demora inadecuada, una reparación gratuita o una sustitución. El consumidor tendrá derecho a optar entre estas dos reclamaciones, salvo si, teniendo en cuenta la particularidad del caso, sólo es económicamente adecuada considerando los intereses del vendedor y parece razonable para el consumidor una reclamación determinada. El consumidor no tendrá que aceptar una oferta de reparación si esto implicara una disminución del valor del bien de que se trate; en este caso, el consumidor podrá elegir una indemnización./ Si ninguna de las dos alternativas es posible o si tras el intento de reparación no se subsana la deficiencia contractual, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o bien a la rescisión del contrato».

En el *Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo*, la enmienda 45 disponía: «Artículo 3, apartado 4/ 4. Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, el vendedor deberá ofrecer, sin demora irrazonable, una reparación gratuita o una sustitución. El consumidor tendrá derecho a optar entre estas dos posibilidades, salvo si, debido a la naturaleza del caso, sólo una posibilidad fuera económicamente [*sic*] adecuada para los intereses [*sic*] del vendedor y razonable para el consumidor. El consumidor no tendrá que aceptar una oferta de reparación si esto implicara una disminución del valor del bien de que se trate; en este caso, el consumidor podrá exigir una sustitución./ Si ninguna de las dos alternativas es posible o si tras el intento de reparación no se subsana la deficiencia contractual, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o bien a la rescisión del contrato» [DOCE C 104, 6.4.98, p. 36].

⁵⁹ DOCE C 333, 30.10.98.

En relación con la resolución se precisa: «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia*» (art. 3.5).

El Consejo justifica la adopción de este límite al ejercicio de la resolución por parte del comprador *en la idea de la proporcionalidad y pensando en el vendedor*. Conviene que reproduzca la justificación del Consejo, que hace en su Exposición de Motivos:

«Artículo 3/ (...)/

En cuanto a la jerarquía de los derechos del consumidor, el Consejo ha recogido en gran medida en el *apartado 3* las ideas del Parlamento Europeo, pero con las diferencias o matices que se indican a continuación.

A juicio del Consejo, el criterio de proporcionalidad, que se explica con más detalle en el décimo considerando, resulta más apropiado, en vista de las legislaciones nacionales vigentes, que el de reclamación «económicamente adecuada». *En aras de esa proporcionalidad, se ha excluido la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad es de escasa importancia. (...)*. En el decimotercer considerando se aclara que los Estados miembros conservan también la facultad de adoptar normas sobre restituciones al consumidor que haya utilizado los bienes y sobre las modalidades de resolución de los contratos» (la cursiva de este párrafo es mía).⁶⁰

f) El siguiente hito relevante es la propia Directiva 1999/44, antes expuesta, y a allí me remito (*supra* [17]).

g) Finalmente, dando un importante salto en el tiempo, voy a detenerme brevemente en un documento de 2007: la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor*⁶¹.

⁶⁰ DOCE C 333, 30.10.98, p. 53. El décimo considerando de esta Posición Común del Consejo: «(10) Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse de forma objetiva si esta solución es desproporcionada o no; que una solución es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras soluciones; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una solución deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra» [DOCE C 333, 30.10.98, p. 47].

⁶¹ COM (2007) 210 final, 24.4.2007. V. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor» COM (2007) 210 final [DOEU C/31 ss., 25.6.2008].

En este informe sobre cómo los Estados miembros han incorporado la Directiva 1999/444, a propósito de las faltas de conformidad de escasa importancia, se lee:

«Con arreglo al artículo 3, apartado 6, el consumidor no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia. Sólo la República Checa, Estonia, Portugal y el Reino Unido han hecho uso de la cláusula mínima de armonización y han optado por permitir que el consumidor resuelva el contrato incluso en casos menores»⁶² (cursiva mía)⁶³.

Recordaré, que al Comité Económico y Social le preocupaba, en su dictamen sobre la Propuesta de Directiva de 1996 (*supra* letra c) [21]), la inseguridad jurídica que podía representar *que unos Estados excluyeran* ciertos remedios para las faltas de conformidad «leves» y *otros no*. De ahí que recomendase que en la propia Directiva se hiciera un expreso pronunciamiento al respecto. Lo que finalmente se hizo en el artículo 3.6 de la Directiva 1999/44. Pero la condición de directiva de mínimos de la Directiva 1999/44 (art. 8.2; técnica objeto de crítica) ha permitido la disparidad de las legislaciones internas⁶⁴.

La diferente implementación hecha por los Estados miembros puede ponernos en la pista de que, tratándose de consumidores, parece que hay una preferencia o una tendencia, en la compraventa, a ampliar el remedio de la resolución.

1.3 OTROS DOCUMENTOS SIGNIFICATIVOS

[22] Voy a referirme, como punto final de la exposición del Derecho comunitario, a los siguientes tres documentos.

A) El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006

⁶² COM (2007) 210 final, 24.4.2007; núm. 4, p. 8. V, núm. 12 Conclusiones en p. 11.

⁶³ Información sobre la Directiva 1999/44 y su implementación por los Estados miembros, SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS (Eds.) (2008).

⁶⁴ En el apartado 12 Conclusiones de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 1999/44 se indica: «La transposición de la Directiva [1999/44] en los Estados miembros plantea una serie de problemas, imputables muchos de ellos a lagunas reglamentarias en la Directiva, mientras que otros pueden considerarse, ya en esta fase, resultado de una transposición incorrecta de la Directiva. Los controles de las medidas de transposición han puesto de manifiesto profundas divergencias entre las legislaciones nacionales como consecuencia del uso de la cláusula mínima y de las diferentes opciones reguladoras establecidas por la Directiva. En la actualidad, no está claro en qué medida estas divergencias afectan al buen funcionamiento del mercado interior y a la confianza de los consumidores. Es de esperar que los resultados de la consulta que se lleva a cabo en el marco del Libro Verde [se refiere al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo] ayuden a decidir si procede o no la revisión de la Directiva» [COM (2007) 210 final, 24.4.2007].

[23] En las preguntas que sobre la Directiva 1999/44/CE se plantean en este Libro Verde⁶⁵, no hay una que trate directamente de la falta de conformidad de escasa importancia. Sin embargo, ésta está presente, implícitamente, cuando en dicho Libro se plantea, si ha de modificarse el sistema jerarquizado de los remedios del consumidor de la Directiva 1999/44.

Y así, se lee en el documento comunitario, que en el posible instrumento horizontal en la protección de los consumidores⁶⁶, cabe que el consumidor *pueda libremente elegir* entre los remedios en caso de cumplimiento defectuoso; pero, a fin de limitar la carga económica para el profesional, la resolución del contrato sólo podría disponerse en el caso de incumplimientos *tan serios como para que den al consumidor un fundamento razonable para rehusar el correcto cumplimiento*. Adviértase el cambio de terminología y sus posibles implicaciones.

Asimismo en el Libro Verde se indica otra posible alternativa dentro del mencionado instrumento horizontal, que consistiría en establecer una secuencia en los remedios del consumidor, si bien con ciertos cambios en comparación con la Directiva 1999/44. Por ejemplo, que los remedios de *la reducción del precio*, de la reparación del bien o de su sustitución por otro bien conforme con el contrato, estén a un mismo nivel de inmediato posible ejercicio y, al mismo tiempo, modificar las condiciones en las que el consumidor puede acudir al remedio secundario de la resolución del contrato (esto es, en el caso de defectos recurrentes)⁶⁷.

Tras ello, la pregunta K1 del Libro Verde se formula así:

«¿Debería tener el consumidor libertad para elegir cualquiera de las soluciones disponibles?»

Opción 1: Status quo: Los consumidores estarían obligados a solicitar en primer lugar la reparación/sustitución y sólo podrían pedir la reducción del precio o la rescisión del contrato cuando las demás soluciones no fueran posibles.

Opción 2: Los consumidores podrían elegir desde el principio cualquiera de las soluciones disponibles. No obstante, la rescisión del contrato sólo sería posible en condiciones específicas.

⁶⁵ COM (2006) 744 final, 8.2.2007.

⁶⁶ En la revisión del acervo en materia de consumo, se manejan las nociones de enfoque vertical y horizontal. En el enfoque vertical, se trata de la revisión de cada una de las Directivas. En el horizontal, hay una directiva marco sobre la materia. En el Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario se ofrecen unas opciones para la revisión de dicho acervo en las que se combinan los enfoques expuestos, así como la ausencia de acción legislativa (v. núm. 4).

⁶⁷ COM (2006) 744 final, 8.2.2007.

Opción 3: Los consumidores estarían obligados a solicitar en primer lugar la reparación, la sustitución o la reducción del precio y sólo podrían pedir la rescisión del contrato cuando las soluciones mencionadas no fueran posibles» (negra y cursiva del original)^{68.}»

- B) La respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo) al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006

[24] En su respuesta de 18 de junio de 2007, el Ministerio se manifiesta partidario de la *Opción 1*: El mantenimiento del *Status quo*.

El Ministerio señala que el derecho del consumidor se concreta en obtener el bien que adquirió. De ahí, que tras el intento de cumplimiento del contrato sin haberse logrado la conformidad del bien con el contrato, el consumidor tenga derecho a resolver la compraventa, *salvo en los casos muy excepcionales y limitados de las faltas de conformidad de escasa importancia*. Dicho de otro modo, el Ministerio considera adecuado que el consumidor disponga, con gran amplitud, de la posibilidad de poder resolver el contrato («debe poder optar libremente por la resolución»). El límite de la resolución es la mencionada escasa importancia de la falta de conformidad (además de ser un remedio que opera en segundo lugar).

Por otro lado, la carga de la prueba de la escasa importancia de la falta de conformidad corresponde al profesional, si quiere evitar la resolución.⁶⁹

- C) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008

[25] Más allá de aquello que me interesa, lo primero que he de resaltar de esta Propuesta de Directiva de 2008⁷⁰ es que acoge el modelo de la armonización plena. Algo que era previsible. El artículo 4 de la Propuesta establece:

«Armonización plena

Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas

⁶⁸ COM (2006) 744 final, 8.2.2007; núm. 5.7.2, p. 31.

⁶⁹ Respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo de España a la consulta del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (de 18.06.07) a la pregunta K1 (p. 50).

⁷⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8.10.2008, COM (2008) 614 final.

tas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores.»

[26] Esta Propuesta de Directiva de 2008 (así citada en adelante) exige que la falta de conformidad no sea de escasa importancia para poder resolver el contrato. Hay cambios en la articulación de los remedios del consumidor. Asimismo, la redacción, en aquello que me interesa, no es todo lo clara que sería de desear. Por ejemplo, la palabra subsanación se emplea con un doble significado. En ocasiones, sólo hace referencia a la reparación o la sustitución; en otras, se refiere a *todos* los derechos del consumidor.

[27] El artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 es el precepto que contiene los derechos del consumidor y cómo se estructuran. Estos derechos son la subsanación (reparación o sustitución), la rebaja del precio y la resolución del contrato (*apartado 1*). A diferencia de lo que está previsto en la Directiva 1999/44, en la Propuesta de Directiva de 2008 es el comerciante quien puede elegir entre la reparación o la sustitución (*apartado 2*). Si el comerciante prueba que la reparación o la sustitución es ilícita o imposible o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor puede optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, pero esta última sólo si la falta de conformidad es de *no escasa importancia* (*apartado 3*). Para concretar el esfuerzo desproporcionado, se contrastan los costes de la subsanación con los de los remedios de la reducción del precio y de la resolución.

Además, el consumidor dispone de los remedios que señala el apartado 1 del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 (cumplimiento, resolución y reducción del precio) en los casos en que el comerciante se niega implícita o explícitamente a subsanar la falta de conformidad; si no subsana la falta de conformidad en plazo razonable; si intenta subsanarla, causando inconvenientes significativos al consumidor; y finalmente, si el mismo defecto reaparece más de una vez en poco tiempo [*apartado 4, letras a), b), c) y d)*].

Por su interés, transcribo el artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008:

«*Subsanación de la falta de conformidad*

1. Con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 5, si los bienes no se ajustan a lo dispuesto en el contrato, el consumidor tendrá derecho a:

a) la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución,

- b) una rebaja del precio;
- c) a resolución del contrato.

2. El comerciante subsanará la falta de conformidad mediante una reparación o sustitución, a su elección.

3. Si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar por una rebaja en el precio o por la resolución del contrato. El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad.

El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia.

4. El consumidor podrá recurrir a cualquier medio de subsanación disponible en virtud del apartado 1, si se da una de las circunstancias siguientes:

- a) El comerciante se ha negado de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad;
- b) el comerciante no ha subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable;
- c) el comerciante ha intentado subsanar la falta de conformidad, causando inconvenientes significativos al consumidor;
- d) ha reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo.

5. Los inconvenientes significativos para el consumidor y el plazo razonable que el comerciante necesita para subsanar la falta de conformidad se evaluarán teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o el uso para el que el consumidor los adquirió con arreglo al artículo 24, apartado 2, letra b)⁷¹» (cursiva mía).

[28] Del anterior texto y de otros datos he de destacar:

a) Del tenor literal del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 puede desprenderse la idea de la jerarquía en los remedios del consumidor, que tal vez está expresada más directamente en el Preámbulo de la Propuesta de Directiva de 2008 (núm. 40⁷²).

⁷¹ Artículo 24.2.b) de la Propuesta de Directiva de 2008: «*Conformidad con el contrato.* (...)2. (...) / b) son aptos para el uso específico requerido por el consumidor que éste ha puesto en conocimiento del comerciante en el momento de celebrar el contrato y que el comerciante ha aceptado;».

⁷² Núm. (40) de la Propuesta de Directiva de 2008: «Si los bienes no son conformes con el contrato, el consumidor debe poder, en primer lugar, exigir al comerciante que opte por repararlos o sustituirlos, a menos que el comerciante demuestre que ello es ilícito, imposible o le supone un esfuerzo desproporcionado. El esfuerzo del comerciante debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta los costes soportados para subsanar la falta de conformidad, el valor de los bienes y la importancia de dicha falta de conformidad. La falta de piezas de recambio no debe ser un motivo válido para justificar que el comer-

En cualquier caso, interesa destacar que en la Propuesta de Directiva de 2008 no aparece la expresión, con la cual comienza el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44 de: «[e]n primer lugar, (...)».

b) En la Directiva 1999/44 parece estar presente la idea de que el consumidor sólo puede exigir el cumplimiento una sola vez; pues parece desprenderse de ella, que el consumidor puede optar entre la reparación del bien o su sustitución, pero si no ha tenido éxito el cumplimiento, dispone de los remedios de la reducción del precio o la resolución de la compraventa (cfr. arts. 3.3 y 3.5 Directiva 1999/44)⁷³. Y esto es lo que puede hacer pensar que no vuelve a disponer del remedio del cumplimiento.

Frente a lo anterior, en el *apartado 4* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 se deja claro que el consumidor sigue disponiendo de la posibilidad de exigir el cumplimiento, aunque lo haya solicitado antes y no haya tenido éxito. Hay una excepción lógica, indicada en el *apartado 3* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008: cuando el cumplimiento (subsanción en terminología de la Propuesta) no pueda tener lugar porque es ilegal o imposible o impondría un esfuerzo desproporcionado para el comerciante. En estos casos, el consumidor puede optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, pues en ellos no ha lugar al cumplimiento.

c) A diferencia de la Directiva 1999/44, que señala cuándo no procede la resolución de la compraventa (redacción en sentido negativo), en la Propuesta de Directiva de 2008 la regla se formula de manera positiva. El artículo 26.3.II de la Propuesta de Directiva de 2008 indica que cabe la resolución si la falta de conformidad es de no escasa importancia.

Entre ambos textos media otra diferencia. En la Directiva 1999/44, la regla de que la resolución no procede si la falta de conformidad es de escasa importancia se ubica en un apartado propio e independiente (en el art. 3.6). Esto implica, que, en todo caso en el que el consumidor tenga la posibilidad de ejercitar la resolución del contrato, ha de contarse con el límite de la falta de conformidad de escasa importancia.

En la Propuesta de Directiva de 2008, la regla de que sólo procede la resolución si la falta de conformidad no es de escasa impor-

ciante no subsane la falta de conformidad en un plazo razonable o sin esfuerzo desproporcionado».

⁷³ Pero en el Texto Refundido, si el consumidor opta por la reparación y la misma es insatisfactoria u, opta por la sustitución y también ésta es insatisfactoria, dicho consumidor puede optar, en este segundo nivel de los remedios secundarios, entre la posibilidad de cumplimiento no elegida, la reducción del precio y la resolución del contrato; cfr. artículo 120, d) y f), TR.

tancia, se ubica en el *apartado 3* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008, referido sólo a los casos en que no cabe el cumplimiento por ser ello ilícito, imposible o desproporcionado. Esto provoca la siguiente duda. En los casos en que es posible el cumplimiento y este fracasa (esto es, los del *apartado 4* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008): ¿se aplica la regla de que la resolución exige que la falta de conformidad sea de no escasa importancia? Creo que lo razonable es la respuesta afirmativa.

[29] Estas indicaciones sobre la Propuesta de Directiva de 2008 son una primera impresión. No debemos olvidar que estamos ante un texto provisional, que puede sufrir cambios en la tramitación que le resta. Es deseable que en esa tramitación el texto adquiriera una calidad técnica que en el momento actual no tiene. Pues la técnica de la armonización plena exige de las Autoridades comunitarias que sean más precisas en cuanto al significado de las expresiones que utilicen. Y, el significado de la falta de conformidad de no escasa importancia no se nos precisa.

2. *Los principles of european law sales and los principles of european contract LAW*

[30] Analizo los dos textos citados por las razones que a continuación doy.

[31] El análisis de los *Principles of European Law Sales*⁷⁴ (PEL S en adelante) se debe a que regulan especialmente la compraventa y *tratan de la cuestión que a mí me interesa*. En la redacción de los PEL S se ha tenido en cuenta la Directiva 1999/44, algo previsible, y por supuesto a la Convención de Viena⁷⁵.

⁷⁴ Todas las referencias a los PEL S, en las notas que siguen, son de esta obra: *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, prepared by HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, (2008). Traduce al español los PEL S, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI. De interés: JELOSCHKE, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, How far should we go in protecting the consumer?* (2006); SIVESAND (2005) [citado *supra* nota 3; v. también nota 4]; v. también HEUTGER/JELOSCHKE, «Towards Principles of European Sales Law», *Towards a European Civil Code* (2004), 3.^a ed., pp. 533-550, en particular desde la p. 543.

⁷⁵ «7 Influence on the Sales Principles. These Principles aim to meet the needs of international or national commerce alike. The CISG served as the starting point for drafting specific rules on sales because of its wide acceptance and its influence on various national sales laws and the Consumer Sales Directive itself. Deviations from the CISG were found to be necessary insofar as a given rule posed problems in the non-commercial context and there are lacunas in CISG. Moreover, the solutions in the CISG were not always followed, because of the fact that the Sales Principles are designed to operate within the framework of the general contract law as promulgated by the Principles of European Contract Law (...). Besides, the Consumer Sales Directive constitutes the minimum standard of protection for consumer contracts; in other words, the choices made in Directive were accepted as compelling for consumer sales law at least. In sum, the Sales Principles attempt to create a truly uniform sales law, bridging the differentiation into different settings, different

De los PEL S es destacable el distinto tratamiento que dan a la resolución en función de si la compraventa es o no de consumo (art. 1:202, *Definition of consumer sales*⁷⁶). Según el artículo 4:206 PEL S (*Termination*), como regla general, el *comprador* puede resolver el contrato si la falta de conformidad es *esencial*; si se trata de un consumidor, este puede resolver, *salvo que la falta de conformidad sea menor*⁷⁷.

[32] El estudio de los *Principles of European Contract Law* (PECL en adelante) se debe a que no es posible analizar los PEL S sin los PECL. Pues los PEL S conciben a los PECL como su parte general. Esto no impide que los PEL S modifiquen, en ocasiones y de manera expresa, las reglas de los PECL⁷⁸. Los artículos que a continuación cito son una muestra de lo dicho, los cuales he seleccionado a partir de una menor o mayor conexión con el objeto de mi trabajo. Y así:

a) El art. 1:201 PEL S (*Relationship with the Principles or European Contract Law*) establece que los PECL se aplican a cualquier contrato dentro del campo de aplicación de los PEL S⁷⁹, salvo que otra cosa se disponga⁸⁰.

parties to the contract, and different object of sales. To that end, a balance is struck between the two poles of the sales spectrum, CISG and Consumer Sales Directive» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, General Introduction p. 104, cursiva mía). Los PEL S van acompañados de unas notas caracterizadoras de los modelos de algunos países: General Introduction, H Member Stated investigated, I, p. 106.

⁷⁶ Art. 1:202 PEL S: «Definition of consumer sale/ For the purpose of these Principles, a consumer sale is a contract under which a natural or legal person who is acting to any extent for purposes related to that person's trade, business or profession (the professional) sells goods to a natural person who is acting primarily for purposes which are not related to that person's trade, business or profession (the consumer)». Los PEL S se decantan por una descripción negativa de consumidor (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:202 Comment C p. 145; v. pp. 145-147; ventas de consumo y particularidades en los PEL S, Comment E p. 148).

⁷⁷ Art. 4:206 PEL S: «Termination/ (1) The buyer may terminate the contract under Chapter 9, Section 3 PECL if the lack of conformity is *fundamental*. / (2) In a consumer sale, the buyer may terminate the contract *unless* the lack of conformity is *minor*./(...)».
(Cursiva mía).

⁷⁸ Con carácter general, se señala: «In principle, the rules contained in the PECL apply to any contract falling within the scope of application of the Sales Principles. However, there are cases where the present Principles deviate from the PECL by modifying or amending a given rule of general contract law to meet sales-specific situations./ Examples of such deviations can be found in Article 4:102 (Termination of the contract), which modifies Article 8:103 PECL (Fundamental non-performance); and Article 4:205 (Resort to other remedies), which introduces a certain hierarchy of remedies and, thus, applies in place of Article 8:101(3) PECL» [PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:201 PEL S Comment B p. 142].

⁷⁹ Cfr. Artículos 1:101 a 1:105 PEL S.

⁸⁰ Art. 1:201 PEL S: «Relationship with the Principles of European Contract Law/ Except where otherwise provided, the Principles of European Contract Law apply to any contract within the scope of application of these Principles».

En el Comentario A: «The Sales Principles have been designed to operate within the framework of general contract law promulgated by the Principles of European Contract Law

b) El art. 4:101 PEL S (*Application of the Principles of European Contract Law*) se refiere a los remedios por el incumplimiento del contrato y preceptúa que son aplicables los remedios por incumplimiento de los Capítulos 8 y 9 de los PECL, salvo que otra cosa se disponga⁸¹. Este artículo viene, en esencia y con un menor alcance, a repetir la regla del artículo 1:201 PEL S⁸².

c) El art. 4:201 PEL S (*Overview of remedies*) alude a los *específicos remedios del comprador por la entrega de un bien no conforme al contrato*⁸³. Dicho artículo, y de manera más elaborada el art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*), establecen una jerarquía en los remedios del comprador⁸⁴. Es aquí clara la influencia ejercida por la Directiva 1999/44. En los PECL, no media una relación de jerarquía entre los remedios surgidos por el incumplimiento del contrato (cfr. arts. 8:101, 8:102 PECL). En el Comentario explicativo de los PEL S se destaca, en diversas ocasiones, la generalización de la regla de la jerarquía en los remedios⁸⁵.

(hereinafter: 'the PECL'). Thus, subjects of a more general nature –that is, those dealing with non-sale-specific problems, such a formation, validity, or damages– are regulated in the PECL, and will not be repeated in the present Principles./ In sum, the PECL constitute the general part of the present Principles, covering all kinds of transactions from commercial to consumer transactions. To put it differently, the present rules on sales law are imbedded in the wider framework of general contract law contained in the PECL. As a result, the Sales Principles can only be used when taking both model laws into account» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:201 PEL S Comment A p. 142).

⁸¹ Art. 4:101 PEL S: «Application of the Principles of European Contract Law/ If a party fails to perform an obligation under the contract, the other party may exercise the remedies provided in Chapters 8 and 9 of the Principles of European Contract Law, *except as otherwise provided in this Chapter*» (cursiva mía). V. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:101 PEL S Comments C y D pp. 250-252.

⁸² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:101 PEL S Comment A p. 249.

⁸³ Para la noción de *no conformidad*: Art. s 2:001 (d) y 2:201 a 2:209 PEL S. Los PEL S acogen una noción amplia de conformidad que incluye tanto los defectos materiales como los defectos jurídicos; pero, a los vicios jurídicos no se les aplica el plazo de dos años que marca el art. 4:302 (3) PEL S, según preceptúa el art. 4:302 (5) PEL S. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 2:205 Comment A p. 211; también art. 2:001 PEL S Comment E p. 161. En España, MARTÍNEZ MARTÍNEZ señala la oportunidad de que la expresión «falta de conformidad» incluya los vicios materiales y también, los vicios jurídicos [(2004), pp. 346-348, 353-354, 357-361]. Con apoyo en Martínez Martínez, asimismo lo indica LÓPEZ HERNÁNDEZ (2008), pp. 48-51; v. p. 58; v. *infra* [89] a) y nota 217.

⁸⁴ Art. 4:201 PEL S: «Overview of remedies/ (1) When the goods do not conform to the contract the buyer is entitled:/ (a) to have the lack of conformity remedied by repair or replacement in accordance with Articles 4:202 to 4:204, which apply in place of Article 8:104 and Chapter 9, Section 1 of the Principles of European Contract Law; and/ (b) to withhold performance under Chapter 9, section 2 of the Principles of European Contract Law/ (2) Subject to Articles 4:205 (1) and (2), the buyer is also entitled:/ (a) to terminate the contract under Chapter 9, Section 3 of the Principles of European Contract Law as modified by Article 4:206;/ (b) to reduce the price under Chapter 9, Section 4 of the Principles of European Contract Law; and/ (c) to claim damages under Chapter 9, Section 5 of the Principles of European Contract Law». Para el art. 4:205 PEL S *infra* nota 104.

⁸⁵ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:201, Comment B p. 263 y Comment D p. 264; Article 4:205, Comment A p. 284; General Introduction, pp. 109-110.

Dentro de las diferencias entre los PEL S y los PECL, en el Comentario B del art. 4:201 PEL S (*Overview of remedies*) se indica, además, que el art. 4:206 PEL S (*Termination*) dispone que el comprador puede resolver por un incumplimiento *esencial*, según la definición que de tal noción contienen los PECL; no obstante, en una compraventa de consumo, el comprador puede resolver salvo que la falta de conformidad sea *menor*⁸⁶. Reglas éstas de las que ya he dado cuenta al inicio de este epígrafe y que van a ser objeto de un particular análisis en lo que sigue, junto con la noción de incumplimiento esencial de los PECL.

2.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN LOS PECL CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[33] El art. 9:301 (1) PECL dispone que una parte puede resolver el contrato si el incumplimiento de la otra es esencial⁸⁷. El art. 8:301 PECL preceptúa cuando el incumplimiento es esencial. Es clara la proximidad de esta noción con la del incumplimiento esencial de los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1), así como con el Derecho inglés⁸⁸. Por lo antes expuesto, interesa profundizar en el art. 8:103 PECL conforme al Comentario oficial.

⁸⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:201, Comment B p. 263; v. también Comment C p. 264; y Comment A del art. 4:206 PEL S, p. 291.

⁸⁷ Art. 9:301 (1) PECL: «Right to Terminate the Contract/ (1) A party may terminate the contract if the other party's non performance is fundamental./ (2) (...)». De interés las consideraciones sobre las ventajas y desventajas que el remedio de la resolución puede implicar para ambos contratantes y la exigencia del carácter esencial del incumplimiento, en el Comentario A del art. 9:301 PECL: «Whether the aggrieved party should have the right to terminate the contract in the case of a non-performance by the other party depends upon a weighing of conflicting considerations./ On the one hand, the aggrieved party may desire wide rights of termination. It will have good reasons for terminating the contract if the performance is so different from that for which it bargained that it cannot use it for its intended purpose, or if it is performed so late that its interest in it is lost. In some situations termination will be the only remedy which will properly safeguard its interests, for instance when the defaulting party is insolvent and cannot perform its obligations or pay damages. The aggrieved party may also wish to be able to terminate in less serious cases. A party which fears that the other party may not perform its obligations may wish to be able to take advantage of the fact that the threat of termination is a powerful incentive to the other to perform to ensure that the other performs every obligation in complete compliance with the contract./ For the defaulting party, on the other hand, termination usually involves a serious detriment. In attempting to perform it may have incurred expenses which are now wasted. Thus it may lose all or most of its performance when there is no market for it elsewhere. When other remedies such as damages or price reduction are available these remedies will often safeguard the interests of the aggrieved party sufficiently so that termination should be avoided./ For these reasons it is a prerequisite for termination that the non-performance is fundamental in the sense defined in Article 8:103» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 409].

⁸⁸ En la Nota 1 del art. 8:103 PECL así se destaca [LANDO/BEALE (ed.) (2008) pp. 366-367; *supra* nota 33 transcripción del artículo 7.3.1 Principios Unidroit (*Derecho a resolver el contrato*)]. En un trabajo en el que describe su trayectoria, LANDO considera:

[34] *El art. 8:103 (a) PECL* dispone que el incumplimiento es esencial si: «*strict compliance with the obligation is of the essence of the contract*».

En el Comentario B del art. 8:103 PECL, se indica que en la aplicación de la letra (a), el factor relevante no es la gravedad del incumplimiento, sino el acuerdo entre las partes de que es esencial la estricta observancia del contrato y que cualquier desviación atañe a la raíz del contrato, permitiendo, al otro contratante, resolver. Tal acuerdo puede surgir de una cláusula contractual expresa o implícita. Así, el contrato puede prever que cualquier tipo de incumplimiento justifica que la otra parte pueda resolver. La consecuencia de tal pacto es que todo incumplimiento que caiga en el ámbito del mismo es esencial. También la Ley puede indicar que la obligación ha de ser cumplida estrictamente. Se señala, por ejemplo, que muchos sistemas jurídicos contienen la regla de que en las ventas comerciales el tiempo de entrega de los bienes o la presentación de los documentos es de esencia del contrato. Finalmente, el deber de cumplimiento estricto puede también inducirse del lenguaje del contrato, de su naturaleza, o de las circunstancias concurrentes, así como de la costumbre o uso, o del curso del trato entre las partes⁸⁹.

Lo dicho anteriormente hay que ponerlo en relación con el Comentario B del art. 1:201 PECL, que regula la buena fe⁹⁰. Aquí se indica que ésta suple las previsiones de los PECL, cuando una estricta observancia de los Principios puede conducir a un resultado manifiestamente injusto. Y así, se señala, que incluso si el

«In 1979, I became a member of the Working Group, which prepared the Principles of International Commercial Contracts established by the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit). The chairman of the Group is Profesor *Joachim Bonell*, who was also a member of CECL [Commission on European Contract Law]. The Principles were Publisher in 1994 and cover almost the same topics as the PECL. (...). The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has had a considerable influence on the Unidroit Principles and the PECL. On most issues the two sets of principles provide the same rules. *Taken together the CISG, the PECL, and the UNIDROIT Principles constitute an emerging ius commune, the beginning of a future world law of contract*» [cursiva mía: LANDO (2002-3) pp. 520-521]. Con carácter general, sobre la resolución de los PECL: MORALES MORENO (2002), pp. 349-368.

⁸⁹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 364.

En el Comentario 3.b del artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT (*Derecho a resolver el contrato*), a propósito de su apartado (2) letra (b) [apartado y letra equivalentes al art. 8:103 (a) PECL] se indica: «El párrafo (2) (b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito».

⁹⁰ Art. 1:201 PECL: «Good Faith and Fair Dealing/ (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing./ (2) The parties may not exclude or limit this duty».

incumplimiento de una obligación es esencial, de acuerdo con el art. 8:103 (a) PECL, una parte no podrá resolverlo por un incumplimiento *trivial* de esa obligación⁹¹.

No entienden del mismo modo los PECL y los PEL S cómo se determina que la estricta observancia de la obligación sea de esencia del contrato. Según el art. 4:102 PEL S (*Termination of the contract*): «Article 8:103 (a) of the Principles of European Contract Law *applies only if* the parties have *expressly agreed* that strict compliance with the obligation is of the essence of the contract» (cursiva mía). El art. 4:102 PEL S se aplica a todo tipo de incumplimiento, lo que incluye a la falta de conformidad⁹².

En el Comentario D del art. 4:102 PEL S se indica que el art. 8:103 (a) PECL refleja la posición de ciertos sistemas legales, en los cuales algunas obligaciones se consideran esenciales por el Derecho y por ello, cualquier incumplimiento permite la resolución, incluso si las consecuencias para la otra parte *no son serias*. Esto supone que una parte puede utilizar el incumplimiento *como excusa* para resolver el contrato, cuando realmente las razones para hacerlo son otras; por ejemplo, que el contrato *no le es provechoso*. Se recuerda, que el derecho de resolver con base en el art. 8:103 (a) PECL se limita a través de la buena fe, pero en los PEL S se ha decidido no adoptar tal regla para la compraventa y sólo se aplica si las partes expresamente lo acuerdan (por ejemplo, mediante una cláusula resolutoria). En la práctica, la diferencia principal con los PECL es –se resalta en el citado Comentario D– que incluso si el contrato es mercantil, el tiempo no se presume que sea esencial al contrato, excepto que se acuerde de otra manera o que se algo obvio de acuerdo con las circunstancias⁹³.

⁹¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 113.

⁹² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment A p. 256.

⁹³ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment D p. 258. Ahora bien: «This approach [la norma del art. 4:201 PEL S] leaves subs (b) and (c) untouched; thus, the buyer may still terminate if these other conditions in Article 8:103 PECL are met» (Comment D p. 258).

En relación con el artículo 1456 CC ital. 1942 (*Clausula risolutiva espressa*), Moscú: «(...) que se verifique el especial incumplimiento previsto en la cláusula. Sobre este punto, ni que decir tiene que las partes poseen plena capacidad para establecer qué incumplimiento será suficiente para precisar la resolución. Esto debe entenderse en el sentido, casi unánimemente admitido por la jurisprudencia y la doctrina que la valoración de la gravedad del incumplimiento previsto en la cláusula, queda sustraída a la decisión del Juez. A nuestro parecer, esta opinión es exacta, confirmándola los precedentes históricos del artículo 1456 y la propia función de la cláusula./ (...) / Sin embargo, la amplitud de poderes concedida por la ley a las partes, a este respecto, no es absoluta, ni mucho menos tan amplia que les permite estipular el que *incluso un incumplimiento levisimo y desdeñable, pueda dar lugar a la resolución*. Bajo el imperio del derogado Código, cierta autorizada doctrina y el Tribunal Supremo, consideraron que la cláusula resolutoria no debe en su excesiva severidad chocar con la buena fe. Y puesto que el actual cuerpo legal confirma en la mayor parte de los casos que en la interpretación y en la ejecución de los contratos, debe dominar aquel principio, *estimamos cierto que una cláusula resolutoria que lo contradiga debe considerarse nula. En conclusión, debe decirse, que la función del Juez llamado a decidir sobre una controversia nacida de contrato con cláusula resolutoria, se limitará normalmente a determinar si ha verificado o no el incumplimiento previsto, y consiguientemente a declarar por sentencia resuelto o no el contrato sin indagar la gravedad del incumplimiento.*

[35] *El art. 8:103 (b) PECL* dispone que el incumplimiento es esencial, si: «the non-performance *substantially deprives* the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result».

En el Comentario C del art. 8:103 PECL, se indica que el apartado (b) no mira a la observancia estricta de la obligación [como en el art. 8:103 (a) PECL], sino a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento. Si a consecuencia del incumplimiento, se priva substancialmente a la parte perjudicada del beneficio de su negocio, así como, si pierde su interés en el cumplimiento del contrato, entonces, el incumplimiento, en general, es esencial.

Ahora bien, el incumplimiento *no es esencial*, si el incumplidor no previó, ni podía razonablemente haber previsto dichas consecuencias. Para este propósito se emplea el test, de si una persona en la misma situación que el incumplidor y utilizando una razonable habilidad y diligencia habría conocido o previsto tales consecuencias en el momento de perfección del contrato⁹⁴. Asimismo se indica, que puede esperarse más habilidad y conocimiento de un perito que de alguien que no lo es, un modesto empleado⁹⁵.

[36] *El art. 8:103 (c) PECL* preceptúa que el incumplimiento es esencial si: «the non-performance *is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance*».

En el Comentario D del art. 8:103 PECL⁹⁶, se explica que, incluso si se incumple una cláusula contractual menor y las consecuencias del incumplimiento no privan, substancialmente, a la parte perjudicada, del beneficio del negocio, dicho incumplimiento puede considerarse esencial si fue intencional y el mismo da razo-

Pero cuando la cláusula, aparezca en contradicción con el principio de la buena fe, aquél deberá declarar la nulidad de ésta, lo cual producirá normalmente la transformación del contrato como estipulado sin cláusula, resolviéndose según las normas del artículo 1453, a menos que resulte que los contratantes no habrían firmado el contrato sin ella» [MOSCO, núm. 67 pp. 210-211]. En las afirmaciones de MOSCO subyace una importante consideración: si las partes establecen una cláusula que encaja en el artículo 1456 CC ital. 1942, la resolución del contrato *no es judicial*; se sustrae del campo aplicativo del artículo 1453 CC ital. 1942 (resolución judicial). En los PECL, la regla es la resolución extrajudicial o por declaración unilateral del acreedor, salvo la resolución automática, cuando el incumplimiento es excusable (al amparo del art. 8:108 PECL) y total y permanente (cfr. art. 9:303 PECL).

El artículo 1456 CC ital. 1942: «(Cláusula resolutive espressa)/ I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinate obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (973, 1458)./ In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva (1454, 1517)».

⁹⁴ Contrátese con la dicción del artículo 25 CISG. V. autores citados *supra* nota 5.

⁹⁵ Comentario C del art. 8:103 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 365.

⁹⁶ Comentario D del art. 8:103 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 365-366.

nes para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento por parte del incumplidor.

Se ponen dos ejemplos. Uno, en el que hay un primer contrato en el que el A se compromete a vender los bienes de B como distribuidor único, asumiendo la obligación de no vender bienes de un tercero, en competencia con los bienes de B. Sin embargo, A contrata con un tercero para vender sus bienes. Incluso si los intentos de A de vender los bienes del tercero no tienen éxito y no afectan a B, B puede considerar la conducta de su deudor como incumplimiento esencial. El otro ejemplo es a propósito del derecho de un agente de reembolsarse del principal los gastos que ha tenido. El agente emite unas facturas falsas. Aunque en las facturas aparezcan cantidades insignificantes, el comportamiento del agente puede tratarse como un incumplimiento esencial y el principal puede resolver el contrato⁹⁷.

⁹⁷ La letra (c) del art. 8:103 PECL tiene su equivalente en las letras (c) y (d) del artículo 7.3.1 (2) Principios Unidroit (*supra* nota 33). En el Comentario 3 del artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT se indica: «c. *Incumplimiento intencional*/ El párrafo 2 (c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional./ d. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*/ El párrafo 2) (d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos [los incumplimientos] se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato./ A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte./ Ejemplo/ 4. «A», que es mandatario de «B», presenta recibos falsos a «B» para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por «A» en concepto de reembolso sea insignificante, «B» puede considerar el comportamiento de «A» como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato».

Tras aludir al art. 8:103 (c) PECL y a la *Sale of Goods Act 1979*, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala, para el Derecho español y a propósito de la voluntad deliberadamente rebelde: «Contempladas las cosas así la cuestión es si la tan traída y llevada, manoseada y maltratada voluntad deliberadamente rebelde, que nunca tuvo sentido como exigencia de imputabilidad o culpabilidad en el incumplimiento, puede ser utilizada como un criterio que equipare el incumplimiento a los esenciales, de acuerdo con el modelo que nos sirve como punto de referencia. En mi opinión la respuesta ha de ser afirmativa, porque se trata de saber, básicamente en qué momento tiene derecho a separarse del contrato, llevando a cabo, si ello le conviene, la operación de sustitución. Efectivamente, cuando exista una rebeldía deliberada todo se concita para pensar en la inutilidad de las esperas, de las demandas o requerimientos. El único problema es que rebeldía deliberada es una exigencia demasiado fuerte y bastaría decir, como el derecho inglés, incumplimiento intencional que permite deducir la intención de no cumplir en el futuro» [(2005) p. 92, v. también p. 91].

Para el Derecho italiano y el artículo 1455 CC ital. 1942 (transcrito *supra* nota 6), MOSCO analiza cómo encaja la pérdida de confianza sobre el futuro cumplimiento del deudor en los contratos de ejecución continuada o periódica (obligaciones positivas continuas, obligaciones positivas periódicas, obligaciones negativas). Con carácter general: «De la especialidad de estas obligaciones, derivase que la gravedad de su incumplimiento, ha de hacerse con criterios un tanto diferentes de los hasta ahora expuestos./ En cambio, dada la autonomía de las sucesivas prestaciones, sucede a menudo que el incumplimiento, aunque sea muy grave, no perjudica al interés del acreedor, y deja por tanto expedita la posibilidad de resolver el contrato [*sic*]. Para que tal incumplimiento produzca la disminución del

Finalmente, en el Comentario D del art. 8:103 PECL se lee que el perjudicado no puede invocar este apartado (c), si el incumplimiento puede remediarse a través de un tercero⁹⁸ o bien, si no hay razón para creer que la parte incumplidora no cumplirá su obligación en el futuro⁹⁹.

2.2 LA FALTA DE CONFORMIDAD ESENCIAL EN LOS PEL S CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[37] Sabemos que el art. 4:206 (1) PEL S (*Termination*) permite, como regla general, que el comprador resuelva el contrato si la falta de conformidad es esencial; la noción de qué es esencial se determina según el art. 8:103 PECL y las modificaciones que expresamente indican los PEL S.

[38] En el Comentario B del art. 4:206 PEL S (*Termination*) se explica cuando la falta de conformidad es esencial. Voy a presentar

interés, se precisa que por su naturaleza y circunstancias por las cuales se ha verificado, haga disminuir la confianza en el cumplimiento de las obligaciones sucesivas./ Esta disminución de la confianza no puede basarse, naturalmente, en impresiones subjetivas, sino que debe consistir en una previsión, formada con criterio objetivo medio, sobre cuál será la capacidad de cumplimiento del deudor en los plazos sucesivos. (...) Por ahora interesa destacar, que en la disminución de la confianza, se puede prescindir de la gravedad un incumplimiento único; esto es, que un incumplimiento de escasa importancia, considerado aisladamente, puede bien producir aquel efecto, y por tanto, legitimar la acción de resolución, si las causas que lo provocan y circunstancias que le acompaña, son tales que quitan la esperanza en los sucesivos cumplimientos. Así sucedería por ejemplo, en el caso de un incumplimiento de poca entidad en un contrato de suministro, cuando fuese producido por una grave desorganización de la industria, o por los grandes que hubiese experimentado por cualquier motivo./ Como norma general, el incumplimiento capaz de disminuir la confianza, ha de ser absoluto, esto es, de tal envergadura que en su valoración no ejerza influencia alguna la entidad del retardo en el cumplimiento. Por el hecho mismo de que la confianza en el ulterior cumplimiento ha disminuido, la conducta del deudor se considera del mismo modo que si lo hubiera rehusado. (...)» [MOSCO, núm. 30 pp. 111-112; v. hasta el núm. 34 p. 129; para las obligaciones periódicas núm. 32 pp. 115-119, para las obligaciones negativas núm. 33 pp. 122-126; para las obligaciones que nacen de contratos de ejecución continuada, núm. 34 pp. 126-128].

En el contrato de suministro, el artículo 1564 CC italiano 1942 dispone: «*Risoluzione del contratto*). In caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (1453, 1455; 74 l. fall.)».

⁹⁸ «*Illustration 7*: A contracts to build a supermarket for B for € 150,000. A completes performance except that, angered by a dispute over an unrelated transaction, it refuses to build a cover over a compressor. B can have the cover built by another contractor for € 300. A's non-performance is not fundamental» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) Comentario D p. 366].

⁹⁹ «*Illustration 8*: A contracts to build a supermarket for B: the specification calls for the building face with a expensive type of brick. A's supervisor orders that a cheaper type of brick to be used to face a wall which is not easily visible but, as soon as B points out the discrepancy, A agrees to remove the cheaper bricks and to use the proper sort in the future. A's non-performance does not give B reason to believe that it cannot rely on A's performance in future» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) Comentario D p. 366].

separadamente los aspectos que se contienen en dicho Comentario, actuando con cierta libertad para facilitar la exposición¹⁰⁰.

a) Para valorar si la falta de conformidad es esencial, en el Comentario se precisa que el punto de partida es el alcance de la desviación que media entre el bien entregado y el bien que es conforme con el contrato. Un elemento indicativo de que la falta de conformidad es esencial es si el comprador no puede usar los bienes, o sólo puede hacerlo de una manera limitada por causa de la falta de conformidad. Se indica que esto generalmente no se aplica si la falta de conformidad es fácilmente rectificable a un bajo costo.

b) También han tenerse en cuenta, según el Comentario, las necesidades del comprador en el concreto caso. Y así, un defecto que puede ser de menor importancia para un comprador, puede serlo de mayor para otro. Por ejemplo, una falta de conformidad que en sí misma puede considerarse menor, como pueda serlo una suave desviación en el color del bien entregado, podrá ser esencial si los bienes comprados se presumen que van a hacer juego con otros comprados anteriormente.

c) En una compraventa mercantil, continúa el Comentario, si el comprador aún puede usar los bienes o revenderlos sin esfuerzos irrazonables en su negocio ordinario, esto constituye una indicación de que la falta de conformidad no es esencial.

d) En el Comentario también se lee, a fin de decidir si un incumplimiento es o no esencial, que el hecho de que haya otras posibilidades de solución para el comprador, como la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios, son elementos que han de tenerse en cuenta.

e) Finalmente se indica en el Comentario, que si los bienes pueden repararse o sustituirse, esto puede constituir una circunstancia indicativa de que la falta de conformidad no es esencial. Y si la exigencia del comprador de que se repare o se sustituya el bien no se realiza en un plazo razonable, o no caben los remedios de la reparación o de la sustitución, estas son circunstancias que indican lo opuesto (falta de conformidad esencial).

[39] En suma –acaba el Comentario B del art. 4:206 PEL S– puede decirse que ha de hacerse un examen global sobre la importancia del incumplimiento del contrato para el comprador, para lo

¹⁰⁰ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIORSKA, Sales, Article 4:206, Comment B pp. 291-292.

que se tendrá en cuenta las posibilidades de rectificar la no conformidad o el compensar al comprador a través de otros remedios¹⁰¹.

2.3 LA FALTA DE CONFORMIDAD MENOR EN LAS VENTAS DE CONSUMO EN LOS PEL S CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[40] En el Comentario C del art. 4:206 PEL S (*Termination*) se explica el significado de la falta de conformidad menor, la cual no permite al consumidor resolver la compraventa¹⁰².

En el Comentario, se destaca *el distinto criterio* que se emplea para la resolución de la compraventa en que interviene un consumidor, frente al resto de compradores. También se reitera que el consumidor tiene *un derecho más amplio a resolver el contrato* que el del comprador normal (distintos umbrales): el consumidor puede resolver en cualquier caso, salvo si la falta de conformidad es menor.¹⁰³ Valorando esta regla, en el Comentario se indica que la misma puede parecer drástica; pero se señala, que el orden jerárquico que en los remedios por la falta de conformidad establecen los PEL S, hace que el comprador no pueda inmediatamente resolver el contrato (cfr. art. 4:205 PEL S, *Resort to other remedies*). Pero esta justificación no me parece suficiente; porque frente a ella hay que tener en cuenta que el sistema jerarquizado de remedios también se aplica en los PEL S a la compraventa que no es de consumo y no obstante en ellos se exige que el incumplimiento sea esencial (art. 4:206 (1) PEL S; doy cuenta de este sistema *infra* [42]).

[41] Según el Comentario C del art. 4:206 PEL S (*Termination*), la falta de conformidad menor es aquella que apenas tiene importancia; un defecto relativamente pequeño en consideración con el valor global del producto. Se presume, continúa el Comentario, que pequeños rasguños u otros puros defectos estéticos son normalmente de carácter menor. Asimismo, un defectuoso funcionamiento menor de un equipo técnico, que no sea de mayor impor-

¹⁰¹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCZEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:206, Comment B p. 292.

¹⁰² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCZEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:206, Comment C p. 292.

¹⁰³ También se destaca la diferencia con el incumplimiento esencial de los PECL y, que en las ventas de consumo, el remedio de la resolución tiene un campo de actuación más amplio, por ejemplo, en el Comentario C del art. 4:102 PEL S (*Termination of the contract*): «Both sets of remedies [PECL y PEL S] start from the idea that the buyer may, as a rule, only terminate in cases of fundamental non-performance (see Articles 4:201 (2) (a) and 4:206 (1) which refer to the rules on termination contained in the PECL)./ (...). Moreover, in consumer sales a lower standard of termination is established entitling a consumer to terminate unless the lack of conformity is minor (Article 4:206(2)). (...)» [PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCZEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment C].

tancia para el comprador, no dará generalmente lugar a la resolución. Como regla, en cada caso debe determinarse cómo influye la falta de conformidad en el *valor* o en la *utilidad* del bien. Si incide en la utilidad, de manera mayor, el criterio para poder resolver el contrato se cumple, incluso si la falta de conformidad constituye una reducción marginal del valor del bien. Un hecho que habla en contra del carácter menor de la falta de conformidad es si la utilidad puede restablecerse con un esfuerzo pequeño. En general, una falta de conformidad en sí misma menor será mayor, si es difícil de remediar.

Se indica por último, que el hecho de que el vendedor, sin una válida razón, rehúse remediar la falta de conformidad de acuerdo con el art. 4:202 PEL S (*Remedying the lack of conformity*), debe influir en la valoración de si la falta de conformidad es o no menor; pues el vendedor ha tenido la oportunidad de evitar la resolución.

2.4 EXCURSUS: EL SISTEMA JERARQUIZADO DE LOS REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS PEL S

[42] Antes me referí al hecho de que los PEL S generalizan a todas las compraventas el sistema jerarquizado de remedios por la falta de conformidad. Voy a dar unas breves notas de tal sistema, en una visión global de los PEL S. El art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*) es el precepto clave¹⁰⁴.

La jerarquía supone, como regla, que el comprador ha de acudir en primer lugar a la reparación o a la sustitución del bien de acuerdo con los artículos 4:202 y 4:203 PELS¹⁰⁵. Durante el plazo en el que el vendedor puede realizarlas, el comprador no puede ejercitar

¹⁰⁴ Art. 4:205 PEL S: «Resort to other remedies/ 1. The buyer may withhold performance but may not resort to any other remedy if the buyer:/ (a) has, in accordance with Article 4:202, demand that the seller remedy the lack of conformity; or/ (b) has, in accordance with Article 4:203, given the seller an opportunity to remedy the lack of conformity./ (2) However, if the seller refuses or has failed to remedy the lack of conformity within a reasonable time and without unreasonable inconvenience to the buyer, the buyer may resort to any other available remedy under Article 4:201 (2)./ (3) This Article does not preclude the buyer from claiming damages for any loss not remedied by the seller's cure».

¹⁰⁵ Art. 4:202 PEL S: «Remedying the lack of conformity/ (1) The buyer is entitled to have the lack of conformity remedied free of charge by repair or replacement, provided that remedying it:/ (a) is not unlawful or impossible; or/ (b) will not cause the seller unreasonable effort or expense./ (2) Free of charge particularly means without any charge for labour, materials or any necessary transport of the goods./ (3) The seller may not refuse to remedy the lack of conformity merely because the buyer could reasonably have it remedied from another source». Para el art. 4:203 PEL S («*Seller's opportunity to remedy the lack of conformity*) *infra* nota 114 y el texto que en la misma se transcribe. Art. 4:204 PEL S: «Choice between repair and replacement/ (1) The seller may choose how to remedy the lack of conformity, unless the method chosen would, in comparison to other methods, cause unreasonable delay or inconvenience to the buyer./ (2) In a consumer sale, the buyer may choose whether the lack of conformity is to be remedied by repair or replacement, unless the buyer's choice is unlawful or impossible, or will cause the seller unreasonable effort or expense».

los remedios de resolución, de reducción del precio y de daños; sí dispone del derecho de suspender el cumplimiento de su propia prestación¹⁰⁶.

Pero el comprador puede ejercitar *inmediatamente* los remedios secundarios (como la resolución), si el vendedor no puede hacer que los bienes sean conformes al contrato por ser ilegal o imposible¹⁰⁷; también si la reparación o sustitución del bien le causa un irrazonable esfuerzo o gasto. Puede suceder, que no estando obligado el vendedor a cumplir, lo ofrezca. El vendedor puede preferir esto, antes de que el comprador pueda resolver (la resolución puede resultarle más perjudicial). Si en este caso el vendedor ofrece subsanar, el comprador no puede acudir a los remedios secundarios¹⁰⁸.

El comprador también puede acudir a los remedios secundarios, si el vendedor rehúsa subsanar la falta de conformidad, lo haya indicado o esté claro de cualquier otra forma; también, si el vendedor no remedia la falta de conformidad en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el comprador¹⁰⁹. En este último caso, el vendedor quiere cumplir, pero no reúne los requisitos para hacerlo, lo que puede estar claro desde un primer momento o más tarde¹¹⁰. Es de advertir que la determinación del plazo razonable se juzga de manera más estricta en las compraventas de consumo que en las que ordinarias.¹¹¹

¹⁰⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 284.

¹⁰⁷ Se pone este ejemplo: «*Illustration I*/ A has bought a unique antique clock from B. The parties agree that the clock is going to be transported to A's home. Upon arrival that the clock has been damaged due to improper packaging by B. It is clear that it is beyond repair and also that it is impossible for B to replace it. A is not obliged to ask for repair or replacement or to wait for B to offer to cure, but may immediately proceed to the secondary remedies» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B pp. 284-285).

¹⁰⁸ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

¹⁰⁹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

Sobre los inconvenientes que puedan causarse al comprador, en el Comentario C del art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*) se indica: «(...) The fact that the seller has earlier already repaired or replaced the goods does not automatically give the buyer a right to refuse a rectification regarding new defects appearing later on. Concerning the situation where defects appear repeatedly, the total inconvenience for the buyer might however amount to a right for him to refuse the seller's further attempts to remedy the goods. The fact that the seller's cure also leads to costs for the buyer does not in itself mean that the buyer can refuse such rectification, unless there is a risk that he will not be compensated by the seller. Only if the buyer should be forced to advance considerable sums could this amount to such an inconvenience for him and therefore give him a right to refuse the seller's offer» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment C p. 286).

¹¹⁰ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

¹¹¹ Con carácter general, el vendedor debe reparar rápidamente. Si no hay una circunstancia especial, el consumidor puede normalmente esperar que en un par de días se

2.5 OTROS RASGOS CARACTERIZADORES DE LOS PEL S. REFLEXIONES A PARTIR DE LOS PEL S

[43] Junto a la cuestión fundamental que me preocupa en este trabajo, la distinción entre incumplimiento esencial e incumplimiento de no escasa importancia, hay otros rasgos en los PEL S que me gustaría destacar.

Antes de hacerlo quiero reiterar una conclusión clara que se extrae de lo anteriormente expuesto: los umbrales de la resolución de la compraventa son distintos según se utilice como criterio el de la falta de conformidad «esencial» o el de la falta de conformidad «menor». El primero aplicable en los PEL S al régimen general y el segundo a las ventas de consumo. Las posibilidades de que dispone el consumidor para resolver el contrato son más amplias que las de un comprador ordinario. Al consumidor se le facilita la salida del contrato, bajo el presupuesto de que no haya obtenido adecuadamente la satisfacción *in natura*.

Por otra parte, la regulación de los PEL S pone de manifiesto cómo un sistema jerarquizado de los remedios, como el que aplican los PEL S a todas las ventas, no conduce necesariamente a bajar el umbral de la resolución, lo que a veces se ha sostenido. Y a propósito de la jerarquía, aún se puede hacer otras observaciones.

A) *Sistemas de jerarquía en los remedios v. sistemas de libre elección en los remedios*

[44] No siempre se puede establecer una contraposición clara entre sistemas que adoptan una jerarquía de los remedios y sistemas de libre elección por el acreedor.

El sistema puro de jerarquía es aquél en que la ley establece directamente un orden jerárquico de ejercicio en los remedios. Así,

hará la reparación (contados desde que el vendedor tomó posesión de los bienes). En los bienes técnicamente complejos puede ser necesario un plazo mayor. Si el consumidor no dispone de los bienes más allá de un corto período (por ejemplo, una semana), el vendedor puede ser requerido para que ponga a disposición del comprador un bien sustituto durante el plazo que dure la reparación, excepto si el consumidor no va a usarlo en modo alguno durante dicho plazo. Se ponen estos ejemplos: «*Illustration 2/ B*, a consumer buyer, has to manage without his car for ten days due to repairs. The seller is obliged to arrange a substitute car for B during this period. If, however, the repair takes place during the winter and concerns B's lawn-mower instead, the seller is not obliged to provide for a substitute goods, since B is not going to use the lawn-mower anyway». Por otro lado, puede suceder que el tiempo preciso para que el vendedor lleve a cabo la reparación del bien no sea, en sí mismo, irrazonablemente largo, pero suceda que el consumidor necesite rápidamente los bienes. Así, el ejemplo del consumidor que se va de vacaciones en una semana y deja de funcionar la cámara fotográfica. (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIORSKA, Sales, Article 4:205, Comment F pp. 287-288).

por ejemplo, el comprador ha de intentar primero el cumplimiento de la compraventa (reparación, sustitución) y, fracasado éste, el comprador puede ejercitar los otros remedios (reducción del precio, resolución). Pero en el sistema de libre elección entre los remedios puede estar presente el derecho del vendedor de subsanar su incumplimiento, lo que matiza su contraposición al sistema de jerarquía en los remedios.

Ante la falta de conformidad esencial, el comprador puede directamente ejercitar la resolución de la compraventa. Frente a esto, puede reconocerse al vendedor la posibilidad de que paralice la resolución ofreciendo subsanar la falta de conformidad (reparar, sustituir), bajo ciertas exigencias establecidas para proteger al comprador. Si el vendedor no logra subsanar (cumplimiento fallido), el comprador puede resolver y la resolución ha operado en un segundo nivel ¹¹². Y también opera en este segundo nivel, si el comprador

¹¹² Los Principios Unidroit contemplan expresamente la relación entre la resolución por incumplimiento esencial y el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento (transcurrida la fecha de cumplimiento). El artículo 7.1.4 Principios Unidroit dispone: «(Subsanación del incumplimiento)/ (...) / (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento./ (...)». En el Comentario 1 del precepto se lee: «(...) Este artículo, por lo tanto, favorece la conservación del contrato. También refleja en principio de política jurídica de minimizar costos, igualmente apuntado en el Art. 7.4.8 (Atenuación del daño) y el principio básico de buena fe y lealtad negocial del artículo 1.7. Esta disposición está relacionada con aquellas disposiciones relativas a la subsanación del incumplimiento contenidas en los artículos 37 y 48 de CISG y en algunas normas nacionales que regulan los contratos en general y la compraventa. Aun en aquellos ordenamientos que no incluyen disposiciones expresas sobre el subsanamiento, suele tenerse en cuenta una oferta razonable de subsanación para fijar la cuantía del resarcimiento» (v. el Comentario 3). En el Comentario 8: «Efectos de la notificación de resolver el contrato/ Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato correctamente, conforme a lo dispuesto por los artículos 7.3.1 (1) y 7.3.2 (1), los efectos de la resolución (art. 7.3.5) también quedarán suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento, la notificación de subsanación [*sic*, resolución] carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución [*sic*, subsanación] y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial». Y en el Comentario 10: «Depende de la parte incumplidora invocar esta disposición [esto es, ejercitar el derecho de subsanación]. (...) / Carece de efecto una notificación de resolver el contrato, si la parte perjudicada se niega a permitir la subsanación cuando le es requerido. (...)».

En la CISG, el artículo 48.1 regula el ofrecimiento del vendedor de subsanar las mercaderías no conformes al contrato y comienza así: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 CISG». El artículo 49.1 CISG permite la resolución, si el incumplimiento del vendedor es esencial (art. 25 CISG). Es conocido que en el Proyecto de Convención de 1978, el inicio del artículo equivalente al artículo 49 CISG era: «A menos que el comprador haya declarado resuelto el contrato conforme al artículo 45 [vigente art. 49] (...)». El cambio de redacción del artículo 49 CISG es notable. Por otro lado, para calificar si el incumplimiento es o no esencial, un elemento que puede influir es el ofrecimiento de subsanación del vendedor. Sobre la subsanación del vendedor en la CISG, por ejemplo: HONNOLD, «Comentario del artículo 48» (1987) de la trad. esp., núms. 292-300 pp. 338-344, en particular núm. 296; WILL, «Comentario del artículo 48 CISG» (1987) pp. 347-358, en particular los núms. 1.2, 1.3, 2.1.1.1.1, 3.2.1 y 3.2.2, y, «Comentario del artículo 49 CISG» núm. 2.1.1 p. 362; LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario de artículo 48» (1998) pp. 427-434, en particular pp. 428-429 y 430-431. Para el «Derecho interno español», LÓPEZ LÓPEZ señala: «Nuestro Derecho de contratos desconoce una figura como el derecho a la subsanación de las obligaciones incumplidas, como principio general, aunque la posibilidad de

inicialmente decide exigir el cumplimiento del contrato y el vendedor no lo lleva a cabo, el comprador puede proceder a la resolución tratándose de un incumplimiento esencial.

Creo que con lo anterior es perceptible, que una de las claves de identificación de un sistema dado en los remedios del comprador por la falta de conformidad es si se opta por un dirigismo legal (se marca el orden que ha de seguirse en el ejercicio de los remedios) o se opta por dejar libertad a las partes y, según cómo éstas actúen, la resolución opera en un primer nivel o en otro segundo. En este último caso –resolución ejercitada tras no tener éxito el intento de cumplimiento del contrato– hay coincidencia de resultado entre el sistema de jerarquía en los remedios y el sistema de libre opción¹¹³.

[45] En los PEL S, además del sistema jerarquizado en los remedios del comprador por la falta de conformidad, el vendedor dispone del derecho subsanar la falta de conformidad del bien, transcurrida la fecha de entrega [art. 4:203 PEL S (*Seller's opportunity to remedy the lack of conformity*)]¹¹⁴.

En el articulado de la Directiva 1999/44 no se contempla el derecho del vendedor de subsanar, pero en el Considerando (12) se señala que «cuando exista una falta de conformidad el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier

concesión de plazos de gracia, tanto derivados de la autonomía de las partes, como del arbitrio judicial (art. 1124 CC), envuelve *de facto* posibilidades de que dichos recursos sirvan al deudor para subsanar la lesión del crédito por él provocada. En este punto remitimos a lo dicho en el comentario al artículo 47 [CISG]» (op. cit. p. 434).

V. TREITEL (1976) s. 174 pp. 136-137; BEALE (1980) pp. 90-103; artículo 44 ULIS.

¹¹³ Contrastando la CISG y la Ley de Garantías: FENYO PICÓN (2005) pp. 541-543. TROIANO también plantea si, efectivamente, son tan diferentes la CISG, con una resolución inmediata, y la Directiva 1999/44, con una resolución de segundo grado. En su opinión, la mentada diferencia es más aparente que real, pues en la CISG, el incumplimiento no es esencial si puede ser subsanado, lo que implica que la resolución es en la CISG remedio residual [TROIANO (2008) pp. 366-368, en particular p. 368].

¹¹⁴ Art. 4:203 PEL S: «Seller's opportunity to remedy the lack of conformity/ The buyer is required to give the seller an opportunity to remedy the lack of conformity if the seller, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to remedy it unless: (a) the buyer has reason to believe that the seller will be unable to remedy it within a reasonable time and without unreasonable inconvenience to the buyer; or/ (b) the nature of the lack of conformity gives the buyer reason to believe that he cannot rely on the seller's future performance».

En el Comentario B del art. 4: 205 PEL S (*Resort to other remedies*), a propósito de la jerarquía en los remedios, se señala: «The hierarchy applies in two situations. The first one (...). The second situation arises (...) when the seller offers to cure the lack of conformity. In such a situation, the buyer is not entitled to turn down the seller's offer unless he may do so in accordance with the conditions under Article 4:203 (...). As a consequence, if the buyer has failed to give the seller an opportunity to remedy the lack of conformity when required to do so under Article 4:203, the buyer has no right to proceed to the secondary remedies (...).» [PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCZEK/SIVESAND/WIEWIOWSKA, Sales, Article 4:205, p. 284; v. también art. 4:203 PEL S Comment A p. 275 y Comment C p. 276].

forma de saneamiento¹¹⁵; que el consumidor deberá decidir si acepta o rechaza esta propuesta». No se indican las consecuencias del rechazo de tal ofrecimiento por parte del consumidor.

B) *El sistema de limitación de los daños derivados de la entrega de cosa no conforme al contrato, para los vendedores no profesionales*

[46] Otro rasgo de los PEL S que me ha resultado interesante es que en ellos se intenta llevar a cabo una regulación unitaria del contrato de compraventa. Es interesante constatar qué reglas han merecido generalización y cuáles se ha considerado necesario diversificar en función de que el comprador fuera un consumidor, o un no profesional, ante la entrega de cosa no conforme al contrato.¹¹⁶ Una de las claves del correcto funcionamiento de un sistema es la concreción de las excepciones, a la regla. Los PEL S, por ejemplo, no unifican en cuanto a la importancia de la falta de conformidad resolutoria; sí lo hacen en el sistema jerarquizado de remedios por la entrega de cosa no conforme al contrato. Los PEL S permiten poner a prueba la opción legislativa de la unificación de régimen en la compraventa. En España, por el momento, la situación legal es bien distinta (diferente regulación para la compraventa civil, mercantil, de consumo; internacional)¹¹⁷.

[47] El art. 4:207 PEL S (*Limitation of liability for damages of non-professional sellers*) responde a esa necesidad de dar un trato particular a ciertos sujetos. La regla que contiene nos recuerda un poco al sistema histórico (ahora dulcificado) que excluía la indemnización de daños en caso de existencia de vicios ocultos, salvo que hubiera mala fe en el vendedor¹¹⁸.

Según el art. 4:207 PEL S, si el vendedor es una persona física que no actúa profesionalmente, el comprador no puede reclamar daños y perjuicios que excedan del precio del contrato, salvo que aquél conociera de la *falta de conformidad* o pudiera razonablemente esperarse que la habría conocido en el momento en el que el

¹¹⁵ En el articulado de la Directiva 1999/44, puede entenderse que cuando se emplea el término *saneamiento* incluye la reparación o la sustitución (art. 3). Pero de la lectura de los Considerandos (11) y (12) de la Directiva 1999/44 puede surgir la duda de si el término *saneamiento* alcanza a todos los remedios derivados de la falta de conformidad. La cuestión es de interés, porque, para determinar si la reparación o la sustitución es desproporcionada en un concreto caso, no es lo mismo hacer la comparación entre esos dos remedios, que incluir en la comparación a todos los remedios derivados de la falta de conformidad. Para el Texto Refundido de consumidores, FENOY PICÓN (2008) p. 1320.

¹¹⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:202 Comments A y B p. 144.

¹¹⁷ FENOY PICÓN (2005) pp. 533-547.

¹¹⁸ FENOY PICÓN (2005) pp. 543-545; cfr. artículo 1486.I CC.

riesgo se traslada al comprador y no informó al comprador antes de dicho momento¹¹⁹.

En el Comentario A del art. 4:207 PEL S se señala que la regla puede ser más favorable para el vendedor, que la de la previsibilidad en los daños del art. 9:305 PECL (*Foreseeability*)¹²⁰. Asimismo se indica, que el art. 4:207 PEL S se aplicará, predominantemente, a la compraventa celebrada entre dos particulares; si bien también incluye el raro caso en que un particular vende a un profesional¹²¹.

La justificación del art. 4:207 PEL S es que la obligación de indemnizar daños y perjuicios puede llegar a ser excesivamente onerosa para un vendedor particular, e incluso, a veces, puede provocar una quiebra de su situación financiera. Y esto es especialmente cierto –se señala– en el caso en que un particular vende a un comprador empresario¹²². De ahí la decisión de restringir la obligación de pago de daños, al precio del contrato. Aunque fijar un límite de este tipo puede, en ocasiones, resultar de alguna manera inflexible, los PEL S prefieren una regla de corte, más que otra abierta. De esta forma, el particular siempre conocerá la exacta

¹¹⁹ Art. 4:207 PEL S: «Limitation of liability for damages of non-professional sellers/ (1) If the seller is a natural person acting for purposes not any extent related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to claim damages exceeding the contract price./ (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have know and which the seller did not disclose to the buyer before that time».

¹²⁰ Art. 9:503 PECL: «Foreseeability/ The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent».

¹²¹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment A, p. 298. En el Comentario B (p. 299): «The definition of the non-professional sellers runs parallel to that of the consumer within the meaning of Article 1:202 (Definition of consumer sale). Accordingly, this Article applies to a natural person not acting to any extent for purposes related to that person's trade, business or profession. *In contrast, it does not matter in which capacity the buyer buys the good.* He can therefore be another private person himself, i.e. a «consumer», or a professional party» (cursiva mía). Y en el Comentario E (p. 300): «The Principles of European Contract Law do not contain such a general cap of damages; instead, the compensation due may be limited by Article 9:503 (Foreseeability)».

¹²² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment C, p. 299. En el Comment C (p. 299) se indica este ejemplo: «*Illustration I/ Two private persons conclude a sales contract for a second-hand caravan. The buyer, B, tells the seller that he is buying the caravan for travelling from Sweden to Spain for the European football championship. Unfortunately, the caravan breaks down in Germany, after having successfully crossed the bridge and Denmark. The amount of damages could for instance include the repair of the caravan itself, accommodation, alternative transportation to Spain or compensation for tickets that could not be used etc. However, since the seller is not a professional, he will at a maximum be liable for damages equal to the contract price.*».

extensión del riesgo que asume, lo que contrasta con otros estándares como pueda ser el del coste de reparación¹²³.

Se es consciente de que, en ocasiones, hay que excepcionar la regla, teniendo presente la condición del sujeto contratante.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE DE 2009

[48] Voy a hacer unas breves consideraciones sobre el *Draft Common Frame of Reference* de 2009¹²⁴ (DCFR de 2009 en adelante). El DCFR de 2009 regula la compraventa ordinaria, estableciendo ciertas particularidades para la compraventa de consumo¹²⁵ (art. IV.A.-1:204 DCFR de 2009, *Consumer contract for sale*¹²⁶). Las notas caracterizadoras de la regulación propuesta por el DCFR de 2009 son estas:

Primera.—Como en los PEL S, en el DCFR de 2009 se diferencia en materia de falta de conformidad¹²⁷ el régimen de la compra-

¹²³ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment C p. 299. Además: «Arguably, the arguments brought forward above also apply in respect of a delay in delivery. *However, it should be kept in mind that any seller should know whether he is able to deliver on time, whereas he may not envisage the consequences of a lack of conformity.* In other words, a non-professional seller is not expected to take responsibility for defects that he cannot see, but even he should be able to tell when he is late in delivering» (Comment C p. 299; cursiva mía).

¹²⁴ Todas las citas de la obra: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law* edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2009). Hay una versión anterior del DCFR de 2008 publicada por Sellier. Sobre la versión de 2008, v. la valoración crítica de EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 659-708; BEALE (2007-3) 257-268. Sobre el MCR, LEIBLE (2006) pp. 1589-1609 y (2008) pp. 221-249; SCHULZE (2008) pp. 407-428.

¹²⁵ Sobre la regulación de la compraventa del DCFR de 2008, VENEZIANO señala: «However, in order to take consumer protection into account, different rules are envisaged in some instances for the case in which the contract is concluded with a consumer (as an example, see the different language used to limit termination of the contract – which tracks down the Consumer Sales Directive)» [(2008) p. 51]. Incidentalmente, para la regulación de la compraventa del DCFR de 2008, EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN: «In the preparation of the part on sales, the United Nations Sales Convention and the Consumer Sales Directive have naturally played a very significant role; in this respect the authors of the DCFR could draw upon field-tested models in addition to an extensive comparative discussion dating back to Ernst Rabel's famous monograph on the international sale of goods» [(2008) p. 663].

¹²⁶ Art. IV.A.-1:204 DCFR de 2009: «Consumer contract for sale/For the purpose of this Part of Book IV, a consumer contract for sale is a contract for sale in which the seller is a business and the buyer is a consumer».

¹²⁷ Al igual que en los PEL S (*supra* nota 83), el DCFR de 2009 acoge una noción amplia de falta de conformidad que incluye vicios materiales y vicios jurídicos; cfr. artículos IV.A.-2:301 a IV.A.-2:309 DCFR de 2009.

venta de consumo, del de la compraventa ordinaria. Para la compraventa ordinaria se exige que el incumplimiento sea esencial (art. III.-3:502 DCFR de 2009, *Termination for fundamental non-performance*¹²⁸). Para la compraventa de consumo se utiliza el límite de la falta de conformidad menor (art. IV.A.-4:201 DCFR de 2009, *Termination by consumer for lack of conformity*¹²⁹). El umbral de resolución en la compraventa de consumo es más bajo que el de la compraventa ordinaria. El artículo IV.A.-4:101 DCFR de 2009 (*Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale*) destaca el carácter imperativo de los remedios por la falta de conformidad, en las ventas de consumo, antes de que se comunique al vendedor la falta de conformidad¹³⁰.

Segunda.— En el DCFR de 2009, el sistema de remedios no está jerarquizado al igual que en los PECL. Ante la falta de conformidad del bien, el comprador (acreedor) elige según su conveniencia, siempre que reúna los requisitos particulares del supuesto elegido (arts. III.-3:101, III.-3:102 DCFR de 2009¹³¹). El sistema de libre

¹²⁸ Art. III.-3:502 DCFR de 2009: «Termination for fundamental non-performance/ (1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental./ (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or/ (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on».

¹²⁹ Art. IV.A.-4:201 DCFR de 2009: «Termination by consumer for lack of conformity/ In a consumer contract for sale, the buyer may terminate the contractual relationship for non-performance under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) in the case of any lack of conformity, unless the lack of conformity is minor».

¹³⁰ Art. IV.A.-4:101 DCFR de 2009: «Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale/ In a consumer contract for sale, any contractual term or agreement concluded with the seller before a lack of conformity is brought to the seller's attention which directly or indirectly waives or restricts the remedies of the buyer provided in Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-Performance), as modified in this Chapter, in respect of the lack of conformity is not binding on the consumer». Sobre el carácter imperativo de las normas protectoras, VENEZIANO: «As it was already mentioned, some questions regarding the European law on sales were particularly difficult to address within the CFR [refiriéndose al DCFR de 2008]. One of the crucial points is certainly to what extent the protection of the consumer (or the weaker party in general) may be enhanced by a greater use of protective mandatory provisions, compared to what we now find in the CFR. In fact, in failure to address this question was indicated as one of the main open issues of the PECL. Some commentators have criticized the PECL for no considering the importance of mandatory rules and, more generally, for begging the question of the underlying politics of contract law. The CFR on sales emphasizes the default character of its rule, but it does contain some specific mandatory rules in favour of consumers. While the issue is still open, it must be pointed out that mandatory rules are just one of the possible ways to reach the goal of protecting the weaker party, and that an excessive recourse to them may sometimes result in detriment to the weaker party (see an example the rigid «hierarchy of remedies» in the Consumer Sales Directive), or in the abandoning of protective measure by enterprises (as could be the case for an excessive rigidity of the provisions on the optional consumer guarantees)» [(2008) pp. 52-53, p. 51].

¹³¹ Art. III.-3:101 DCFR de 2009: «Remedies available/ (1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to

elección del comprador no es absoluto, pues ha de tenerse en cuenta el derecho del vendedor de subsanar la falta de conformidad del bien, derecho cuyo ejercicio limita la libre opción del comprador. Durante el tiempo de que dispone el vendedor (deudor) para subsanar la falta de conformidad, el comprador no puede resolver. (Arts. III.-3:201 a III.-3:205 DCFR de 2009¹³²).

Más allá de lo anterior, en el DCFR de 2009, como en los PEL S (*supra* [47]), se limita la cuantía de la responsabilidad del vendedor no profesional por la falta de conformidad; el límite es el precio del contrato (art. IV.A.-4:202 DCFR de 2009¹³³).

any of the remedies set out this Chapter./ (2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages./ (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance» (cfr. art. 8:101 PECL). Art. III.-3:102 DCFR de 2009: «Cumulation of remedies/ Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to the damages by resorting to any other remedy» (cfr. art. 8:102 PECL).

¹³² Art. III.-3:201 DCFR de 2009: «Scope/ This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation». Art. III.-3:202 DCFR de 2009: «Cure by debtor: general rules/ (1) The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance./ (2) If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor's own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the non-conformity./ (3) Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article». Art. III.-3:203 DCFR de 2009: «When creditor need not allow debtor an opportunity to cure/ The creditor need not, under paragraph (2) of preceding Article, allow the debtor a period which to attempt cure if: (a) failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance;/ (b) the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing;/ (c) the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or/ (d) cure would be inappropriate in the circumstances». Art. III.-3:204 DCFR de 2009: «Consequences of allowing debtor opportunity to cure/ (1) During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy./ (2) If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy./ (3) Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure». Art. III.-3:205 DCFR de 2009: «Return of replaced item/ (1) Where the debtor has, whether voluntary or in compliance with an order under III.-3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and a obligation to take back the replaced item at the debtor's expense./ (2) The creditor is not liable to pay for any use made of replaced item in the period prior to the replacement».

En las Notas que preceden al DCFR de 2008 se indica que el derecho de subsanar del vendedor se generaliza, ubicándose en el Libro III [DCFR de 2008 *Interim Outline Edition*, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE, etc., (2008) núm. 54 pp. 25-26].

¹³³ Art. IV.A.-4:202 DCFR de 2009: «Limitation of liability for damages of non-business sellers/ (1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price./ (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk

4. LA FALTA DE CONFORMIDAD Y LA RESOLUCIÓN EN LOS *PRINCIPLES OF THE EXISTING EC CONTRACT LAW* SEGÚN EL COMENTARIO OFICIAL

[49] En los *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles* o ACQP en adelante)¹³⁴ hay una particularidad que me interesa resaltar y que se refiere indirectamente al tema que me ocupa. Es esta que sigue: cómo se construye la falta de conformidad. Por otro lado, en el momento en que escribo estas líneas, el *Acquis Group* aún no ha publicado el previsto segundo volumen de los *Acquis Principles* en el que se tratará de los remedios por incumplimiento¹³⁵. No obstante, en el *Anuario de Derecho Civil* se ha publicado los preceptos que regulan los remedios por incumplimiento, traducidos al español por Esther Arroyo i Amayuelas, quien forma parte del *Acquis Group*. Esta traducción es la que voy a utilizar para los remedios por incumplimiento¹³⁶.

En una caracterización general de los *Acquis Principles* debo señalar que en ellos está la regla de que la resolución no es posible si el incumplimiento es de escasa importancia; como en los PEL S, se establece un orden jerárquico en los remedios por incumplimiento.

[50] El precepto clave para la falta de conformidad es el art. 2:201 ACQP (*Duty to inform about goods or services*). Según éste, antes de la celebración del contrato, una parte *dará a la otra información* relativa a los bienes o servicios que suministrará de acuerdo con lo que la otra pueda razonablemente esperar, *teniendo en cuenta los niveles de calidad y prestación que fueren normales según las circunstancias*¹³⁷.

passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time».

¹³⁴ Todas las citas de: *Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* (2007) pp. IX-XL. Una visión crítica de los *Acquis Principles*, JANSEN/ZIMMERMANN (2008) pp. 505-534.

¹³⁵ *Contract II: Performance, Non-Performance, Remedies*.

¹³⁶ ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 219-239. La autora comenta los *Acquis Principles* (2008-A) pp. 211-218 y (2008-B) pp. 49-157, en particular a partir de la p. 82.

¹³⁷ Art. 2:201 ACQP: «Duty to inform about goods or services/ Before the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances».

El art. 2:102 ACQP dispone: «Legitimate expectations/ In pre-contractual dealings, a business must act with special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers». En la lista de Directivas comunitarias que se citan en el Comentario A I 2 marginal 2 del art. 2:102 ACQP (pp. 68-69) están el Considerando (8) y los artículos 2.2.d) y 2.4 primera excepción de la Directiva 1999/44. Además: «The above mentioned directives and judgments make

En el Comentario A I marginal 1 del art. 2:201 ACQP se precisa que el precepto refleja las previsiones sobre conformidad del artículo 2 Directiva 1999/44, aplicables a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (B2C)¹³⁸, así como las que se reflejan en el artículo 35 CISG para los contratos internacionales

clear that the standard of professional diligence and the concept of legitimate expectations is not limited to business to consumer transactions but is an overarching principle of Community law. Moreover, it should be taken into account that this concept is also reflected to some extent by the Vienna Sales Convention (art. 9 (1)-(2), art. 35), the Unidroit Principles (art. 9(2)) and PECL (Art. 1:103, 1:303)» [PFEIFFER/EBERS (2007) Comentario A I 2 marginal 6 p. 70]. En el Comentario B I del art. 2:102 ACQP se señala que este precepto concreta la exigencia de buena fe en los tratos previos que contiene el art. 2:101 ACQP y, que los *Acquis Principles* contienen, en el art. 7:101 (2), una específica regla sobre las legítimas expectativas en relación con el cumplimiento [PFEIFFER/EBERS (2007) marginales 7 y 8; el art. 2:101 ACQP dispone: «Good faith/ In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith»]. El ámbito de aplicación del art. 2:102 ACQP se limita a la fase precontractual y cuando interviene un profesional y un consumidor (B2C), pero el art. 2:102 ACQP «must not be construed as providing –by *argumentum e contrario*– that in a B2B context reasonable expectations of the parties are not protected at all. However, in B2B relations the relevance of such reasonable expectations has to be assessed on a case by case basis» [Comentario B I 3, PFEIFFER/EBERS (2007) marginal 9 p. 70].

El art. 7:101 (2) ACQP dispone: «Duty to perform/ (...) (2) A business must perform its obligations with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers». Entre las Fuentes de este art. 7:101 (2) ACQP se citan el Considerando (8) y el artículo 2.2.d) de la Directiva 1999/44 [AUBERT DE VINCELLES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) Comentario del art. 7:101 ACQP III 1 marginal 9 p. 258]. El art. 7:101 ACQP se refiere a toda clase de obligaciones: a las contractuales y a las que directamente surgen de la ley (como los deberes que regulan las normas del incumplimiento, o *los deberes precontractuales*; también se aplica a los deberes que surgen como consecuencia de la resolución del contrato). No se requiere categorizar la fuente de la obligación [Comentario B 2 y 3, AUBERT DE VINCELLES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) núms. 14 y 15 pp. 259-260]. El estándar de las razonables expectativas del acreedor, como medida para valorar la conformidad del cumplimiento con la obligación, se aplica a todos los acuerdos contractuales, no sólo a los contratos de consumo. La específica mención al consumidor del art. 7:101 (2) ACQP va dirigida a destacar que puede irse más allá de las puras palabras del contrato, a fin de asegurar la satisfacción de los legítimos intereses del consumidor. En otros contratos, principalmente en los B2B, las legítimas expectativas de la otra parte deben tenerse en cuenta, pero la exigencia de una predecible solución legal constituirá un factor importante. Las legítimas expectativas pueden resultar de las declaraciones del deudor o de las declaraciones realizadas por el acreedor, antes de la celebración del contrato y que no fueron corregidas por el deudor; asimismo ha de tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios [Comentario B 3 marginal 16 p. 260]. El ejemplo 5 es ilustrativo: «A commercial advertisement appearing in TV emphasizes certain features of the product. For a professional A, who is a dealer of such products, it is obvious that the advantages of the product are overestimated. For an average consumer this is not evident. If A buys these products from the producer, he cannot expect these features to exist. However, the advertised features could be legitimately expected by the average consumer» [AUBERT DE VINCELLES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) Comentario B 4 marginal 21 p. 261].

¹³⁸ Art. 1:201 ACQP: «Consumer/ Consumers means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity». Art. 1:202 ACQP: «Business/ Business means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to this person's self-employed trade, work or profession, even if this person does not intend to make profit in the course of this activity». Comenta estos artículos EBERS (2007) pp. 23-34; v. EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ ZIMMERMANN (2008) pp. 704-705.

entre empresarios (B2B)¹³⁹. Ahora en el Comentario A I 2 marginal 5 del art. 2:201 ACQP se señala, que *ni el artículo 2 Directiva 1999/44, ni el artículo 35 CISG se expresan en términos de exigencias de información. Pese a esto, se nos indica que «la conformidad con el contrato» del artículo 2 de la Directiva puede leerse en el sentido de que contiene una implícita obligación de información. Además, según el artículo 2.4 de la Directiva 1999/44 el vendedor no responde si informa al consumidor de la no conformidad de los bienes*¹⁴⁰.

La regla del art. 2:201 ACQP se aplica con independencia de la condición de los sujetos que intervengan en el contrato (sean profesionales, consumidores); pero el deber de información se moldea en función de quienes contraten. El art. 2:201 ACQP se aplica más allá de la compraventa; esto es, a todo tipo de contrato (se mencionan bienes y servicios)¹⁴¹.

El punto de partida para establecer la información que ha de suministrarse según el art. 2:202 ACQP es el nivel de calidad y de prestación que *serían normales* dadas las circunstancias del caso. Si no hay una información de que los bienes o servicios se desviarán del nivel normal, no hay mayor obligación de dar información. Pero, si *una parte* tiene información de que los bienes o servicios tienen *un menor nivel* de calidad que el normal, hay un deber de informar *a la otra parte*¹⁴².

¹³⁹ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007), p. 76; v. también Comentario A I marginal 2, p. 76.

¹⁴⁰ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON añaden: «It is therefore possible to make explicit that both Art. 2 of the Consumer Sales D. and Art. 35 CISG appear to be based on a disclosure rule, and Art. 2:201 ACQP seeks to express this as such rule: if the goods do not fulfil the requirements of the «fit for normal purposes test» and the «normal quality and consumer expectations test», the seller is obliged to inform the consumer thereof. In view of the mandatory character of these tests, a general statement that the goods do not conform to the tests and other similar statements containing general information only are not sufficient in this respect. The lack of conformity can be avoided only with the help of specific information concerning the actual problem of quality or performance. Therefore it seems quite natural to speak about an indirect information requirement following from the provisions on conformity in the Consumer Sales D./ As the conformity tests of Art. 2 of the Directive expressly concern «the quality and performance» of the goods, only performance-related information is relevant in this context» [Comentario A I 2 marginal 5 p. 77].
V. ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 213, 214, 218 y (2008-B) pp. 130-132.

¹⁴¹ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, Comentario A I 2 marginal 7 p. 78 y en particular Comentario B I marginal 8 p. 78. Se indica que si el suministrador es un profesional y la otra parte un consumidor, la regla del art. 2:201 ACQP es imperativa. En el Comentario B I 2 marginal 9 se aclara: «The provisions in this chapter only deal with obligations to provide information. False and misleading information is not dealt with in this context» [(2007), p. 79].

¹⁴² TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, Comentario B I 3 marginal 10, p. 79. Se añade: «In most circumstances, this duty will fall on the supplier of the goods or services. There may be circumstances where the recipient of the goods or services also has information that might affect the quality or performance of the goods or services, and there would then be a corresponding obligation to disclose that information to the other party./ Information relevant in this context often relates to sub-normal standards of quality of performance. How-

[51] El incumplimiento del deber de información del art. 2:201 ACQP puede encauzarse a través del incumplimiento.

El art. 2:207 (3) ACQP dispone que si una parte no cumple con los deberes que los artículos 2:201 a 2:206 ACQP imponen y *el contrato se ha celebrado*, el contrato contiene las obligaciones que la otra parte podría razonablemente esperar como consecuencia de la omisión de información o de una incorrección información. Y los remedios por incumplimiento que el Capítulo 8 de los *Acquis Principles* recoge, se aplican al incumplimiento de estas obligaciones.¹⁴³ [Cfr. arts. II.-3:101 a II.-3:109 DCFR de 2009¹⁴⁴].

En el Comentario del art. 2:207 ACQP se indica que el fundamento legal del apartado (3) son las previsiones de la no conformidad de la Directiva 1999/44 y de la CISG, que recoge el art. 2:201 ACQP¹⁴⁵. El art. 2:207 ACQP refleja la posición de que la información disponible en el marco precontractual puede afectar a la esencia de las obligaciones contractuales y tener como resultado el incumplimiento de obligaciones contractuales¹⁴⁶.

ever, other information concerning goods and services may be relevant as well. If, for example the supplier knows that the goods cannot be used for a particular purpose made known to him (cf. Art. 2 (2) (b) of Consumer Sales D.) the buyer can reasonably expect to be informed about the uselessness of the goods for his purpose./ Legal requirements related to the goods or services may be as relevant as physical ones. If the seller knows that the buyer is not allowed by law to use the goods in the way he plans, and the sellers is aware on these plans, he should inform the buyer of the legal obstacles» (p. 79). Entre los ejemplos que se indican, el del número 1: «A is the seller of a car, and B is the buyer. There are no problems with the car and it is of the quality normal for the type and make of car, and performs as normal. There is no obligation under this article on the seller to disclose any information» (Comentario B I 4 marginal 11, p. 79).

¹⁴³ Art. 2:207 (3) ACQP: «Remedies for breach of information duties/ (...) / (3) If a party has failed to comply with its duties under Articles 2:201 to 2:206, and a contract has been concluded, this contract contains the obligations which the other party could reasonably expect as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Chapter 8 apply to non-performance of these obligations».

¹⁴⁴ V. EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 695-697.

¹⁴⁵ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007) Comentario A I marginal 1 p. 99.

¹⁴⁶ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007) Comentario B I marginal 7 p. 101; v. también Comentario A I 2 marginal 2 p. 100.

Está también la cuestión de si, además de los remedios por incumplimiento por la infracción de los deberes precontractuales de información, puede acudir a figuras relativas a la validez del contrato o a cláusulas abusivas. En el Comentario B I marginales 8 y 9 se indica: «The remedies available for breach of pre-contractual information duties are partially found in other parts of contract law, related both to business-to-consumer relations as well as to other contractual relationships. In some situations an omission to give information can be misleading in a way that makes the general provisions on validity of contracts or validity of unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in Art. 2:201 to 2:206 ACQP may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc, although those consequences may not amount remedies in the strict sense./ In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for breach of contract may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant facts, this party in a contract of sale has the ordinary remedies

[52] En cuanto a los remedios por incumplimiento¹⁴⁷, los *Acquis Principles* establecen un sistema jerarquizado, siendo la resolución un remedio de segundo grado¹⁴⁸. Además, la resolución no procede si el incumplimiento es de escasa entidad, terminología distinta de la del incumplimiento esencial de la Convención de Viena¹⁴⁹. El art. 8:301 (1) ACQP es el que dispone las anteriores reglas¹⁵⁰. En estos aspectos, los ACQP han generalizado el sistema de la Directiva 1999/44.

for lack of conformity to his disposal. As discussed above in the comments to Art. 2:201 ACQP, this rule can well be extended to contracts for the provision of services as well. As also mentioned it should be applied both in consumer relations and in business-to-business relationships» [TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON p. 101]. El art. 2:207 ACQP, apartados (1) y (2), dispone: «Remedies for breach of information duties/ (1) If a business is required under Articles 2:203 to 2:205 above to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period commences when all this information has been provided. However, this rule does not postpone the end of the withdrawal period beyond one year counted from the time of the conclusion of the contract./ (2) Even if no contract has been concluded, breach of the duties under Articles 2:201 to 2:206 entitles to the other party to reliance damages. Chapter 8 applies accordingly».

¹⁴⁷ Art. 8:101 ACQP: «*Definición de incumplimiento*/ Es incumplimiento cualquier cumplimiento insuficiente de una obligación, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de la obligación» [traducción ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) p. 235].

¹⁴⁸ Caracterizando al sistema de remedios por incumplimiento de los *Acquis Principles*, ARROYO I AMAYUELAS precisa: «En cuanto al incumplimiento, se asume la graduación y jerarquía de remedios que ofrece la Dir. 99/44 y se añade la posibilidad de exigir daños y perjuicios –solución generalizada a partir de la Dir 90/314 [viajes combinados]–, tanto si se infringe la prestación principal como otros deberes accesorios (vgr. art. 2:207 (2) y (3) ACQP; art. 4:108 ACQP)» [(2008-B) p. 99].

¹⁴⁹ ARROYO I AMAYUELAS: «La semejanza entre las provisiones del *Acquis* y el Convenio de Viena se aprecia en numerosos ejemplos. (...). Otro, los medios de tutela para el caso de incumplimiento, también comunes en el *acquis* y en el CV. Es, sin embargo, una diferencia fundamental el hecho de que en la Dir. 99/44 (art. 3) aparezcan jerarquizados. El dato es básico a la hora de valorar la gravedad del defecto que permite la resolución, puesto que no es seguro que «carácter esencial de la falta de conformidad (art. 25, 49.1 CV) sea expresión equivalente a «defecto que no sea menor o de escasa importancia» (art. 3.6 Dir. 99/44). Si se atiende a la estructura de los remedios en una y otra norma, no deberían reputarse expresiones sinónimas. En un sistema jerarquizado, el vendedor ha tenido antes la oportunidad de proceder a la sustitución o a la reparación. Si, no siendo el defecto una bagatela, no los ha autorizado (art. 3.3 Dir. 99/44), es razonable facilitar al comprador la resolución, mucho más que atender a la gravedad del defecto (que, sólo será determinante para saber si lo que en realidad procede es la rebaja del precio; será el caso si el defecto es nimio). Cuando, por el contrario, el comprador tiene un *ius variando*, como sucede en la CV, los criterios para apreciar la esencialidad del defecto deben ser más estrictos./ Los ACQP [art. 8:301 (1); v. siguiente nota] optan por la solución comunitaria, no sólo por ser preferente en el *acquis* sino porque, al decir de sus redactores, además equilibra mejor los intereses en juego» [(2008-B) pp. 124-125].

¹⁵⁰ Art. 8:301 ACQP: «*Resolución del contrato y reducción de la prestación*/ (1) *El acreedor puede reducir su prestación de forma adecuada, o resolver el contrato*:/ 1. Si el acreedor no tiene derecho al cumplimiento o a la corrección del incumplimiento, según la Sección 2, o/ 2. Si el deudor no ha hecho uso de los medios de tutela a que se refiere la Sección 2 en un plazo adecuado./ *El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si la prestación insuficiente del deudor equivale a un incumplimiento de escasa entidad*./ (2) *Sin perjuicio del párrafo 1*, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento, si no es razonable esperar que el acreedor quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación./ (3) (...)» [traducción de ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 236-237; cursiva mía]. Dentro de la citada

II. SEGUNDA PARTE:

EL DERECHO ESPAÑOL

1. La resolución conforme al régimen del artículo 11.3 LGDCU

[53] Como en mi anterior estudio del Derecho europeo, mi preocupación en el Derecho español se centra en concretar si el requisito de la falta de conformidad de no escasa importancia (art. 121 TR *a contrario*) coincide o no con la exigencia de gravedad del incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC. En esta búsqueda he creído conveniente constatar *cuál es la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la Ley de Garantías de 2003*. Esto me conduce al estudio de la resolución de la garantía del artículo 11.3.b) LGDCU. El tenor literal del artículo 11.3 LGDCU es:

«Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuere satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado»¹⁵¹.

1.1 Algunas opiniones doctrinales

[54] Del extenso panorama doctrinal, he elegido a dos autores cuyas opiniones resultan de interés. Se trata de García Cantero y de Alberto Bercovitz.

Sección 2, el artículo 8:202 ACQP: «*Obligaciones no pecuniarias*! (1) El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de una obligación no pecuniaria./ (2) El cumplimiento específico comprende la subsanación gratuita de una prestación no conforme con las condiciones que regulan la obligación de cumplimiento defectuoso en los términos pactados./ (3) Sin embargo, el cumplimiento específico no puede ser exigido, en la medida en que:/ (a) el cumplimiento fuere ilícito o imposible;/ (b) el cumplimiento fuere desproporcionadamente gravoso o caro;/ (c) debido a la naturaleza personal de la prestación, el cumplimiento forzoso fuere inaceptable, o / (...).» [traducción de AMAYUELAS I ARROYO (2008-A) p. 236].

¹⁵¹ Artículo 11.3 LGDCU a coordinar con los artículos 11.2 LGDCU y 12 LOCM. En la SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Díez), en el FD 1.º B) se explica con cierto detenimiento el artículo 11, 2 y 3, LGDCU.

[55] García Cantero, en 1992 y en su comentario del artículo 11 LGDCU, compara la resolución del artículo 11.3 LGDCU con la del artículo 1124 CC. A su entender, el régimen de ésta ha sido modificado en parte por el artículo 11.3 LGDCU. Este último tiene un supuesto de aplicación más amplio que el general.

En el ámbito de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y tratándose de bienes de naturaleza duradera¹⁵², la presencia de vicios o defectos originarios –dice García Cantero– no autoriza a solicitar sin más la resolución del contrato, sino únicamente la reparación de aquéllos. Para la resolución, *no es preciso que el defecto sea de tal gravedad que haga al bien de imposible aprovechamiento o que la insatisfacción del comprador sea total; basta con que el defecto sea originario y la reparación no haya sido satisfactoria*, para que el consumidor pueda optar entre la sustitución del bien o la resolución [art. 11.3 b) LGDCU]. Señala, además, que el Juez no puede dar plazo al vendedor para cumplir su obligación, siendo ésta una singularidad de la resolución del artículo 11.3.b) LGDCU en relación con la del artículo 1124 CC, con vistas a una mejor protección del consumidor¹⁵³.

[56] La opinión de García Cantero resulta muy interesante en la posterior aplicación de las Audiencias Provinciales. Así, su idea la recoge, con cita expresa del autor, la SAP Albacete, 2.ª, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha). Por la conexión con el pensamiento de este autor me voy a detener en esta sentencia, aunque más tarde me ocupe ampliamente de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El consumidor demanda al vendedor y al fabricante, porque el vehículo entregado adoleció de vicios en el sistema de frenado. Suplica la resolución del contrato y la reparación de daños; subsidiariamente, la reparación del vehículo e indemnización. El Juzgado de Primera Instancia desestima la resolución *porque el defecto no hace completamente inhábil la cosa para el fin que le es propio o su valor de reparación no es claramente desproporcionado en relación con el valor total de la cosa* (FD 2.º *in fine*). El comprador apela con idéntico *petitum*. La Audiencia Provincial estima la resolución del contrato y condena a la reparación de daños.

La Audiencia Provincial destaca que la garantía de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios *es una innovación y que la doctrina del aliud pro alio decae ante la misma*. En la garantía del artículo 11 LGDCU están presentes las ideas de los

¹⁵² Sobre estos bienes: FENOY PICÓN (2006) nota 57, pp. 99-102; *idem* (2001), núm. 668, p. 2489 y nota 36. Cfr. DT 2.ª TR; Anexo II del RD 1507/2000.

¹⁵³ GARCÍA CANTERO (1992) en nota 92 de la p. 387 y p. 387.

vicios originarios, de que el bien ha de tener las condiciones óptimas para cumplir el uso a que se destina y de que dicho bien ha de reunir una calidad o nivel de prestación (FD 3.º)¹⁵⁴. En cuanto a la reparación, remedio al que en primer lugar debe acudir el consumidor, la Audiencia Provincial señala que dicho requisito se cumple *cuando el consumidor ha requerido la reparación y el garante se ha negado a hacerla de manera gratuita* (FD 4.º)¹⁵⁵.

No es esta, en modo alguno, una sentencia aislada. Se comprobará en el siguiente epígrafe, en el que analizo las sentencias de las Audiencias Provinciales que aplican la garantía del artículo 11 LGDCU (*infra* [58] ss., en particular a partir del [61]).

[57] Alberto Bercovitz, cuando la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 llevaba pocos años vigente (en 1987), destaca también la mayor protección que la garantía del artículo 11 LGDCU ofrece al consumidor, en relación con los defectos de que pudiera adolecer el bien. En este caso la compara-

¹⁵⁴ SAP Albacete, 2.ª, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha): «Tercero.— Este Tribunal no comparte esa tesis. Siguiendo la doctrina científica, véase D. Gabriel García Cantero cuando habla del «régimen de garantía de bienes de naturaleza duradera en Comentarios a la Ley General de Consumidores y Usuarios», parece claro que la Ley, esa Ley, representa una innovación y no un régimen repetitivo de la compraventa, así, cuando hablamos de consumidores la doctrina del «*aliud pro alio*» decae ante conceptos como vicios o defectos originarios (art. 11-3-a) condiciones óptimas para cumplir el uso que estuviese destinado (art. 11-3-b) y de calidad o nivel de prestación (art. 11-1). Obvio resulta que habrá que analizar, en cada caso, si nos encontramos ante algunos de estos supuestos y en autos parece claro que cuando hablamos de automóviles y de sistema de frenado, un defecto en este supone no solo que no se dan las condiciones óptimas para la conducción normal, sino que además el riesgo propio y de terceros es patente. En consecuencia entiende este Tribunal que ese primer requisito, verdaderamente controvertido en el proceso, sí concurre para esa pretensión resolutoria que se pretende».

¹⁵⁵ SAP Albacete, 2.ª, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha): «Cuarto.— El precepto que se invoca, amparador de la pretensión que se ejercita, es en esencia ese apuntado artículo 11 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Y lo es en concreto en su párrafo tercero que además requiere otros requisitos. No vamos a examinar el concepto y la subsunción del automóvil en el concepto de bien de naturaleza duradera (...) y sí en cambio vamos a examinar, por controvertida, esa exigencia del legislador de que para que se opte por la devolución del precio pagado o la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características, se requiere previamente que la reparación efectuada no fuere satisfactoria. La tesis de los demandados apelados de improcedencia de la resolución contractual deviene de la inexistencia de una previa reparación. Este Tribunal entiende, entre otras razones porque si no siempre quedaría en manos del garante esta garantía, que el requisito se cumple con que el consumidor requiera a aquel que proceda a la reparación, dándose la condición exigida si el garante se niega a esa reparación gratuita. Supuesto este que se da en autos y del que constituye prueba no solo la documentación obrante en autos sino también el propio proceso». En el FD 5.º: «Se dan pues todos y cada uno de los requisitos que contempla ese artículo 11 referido para la resolución contractual y ello incluso con independencia de que fuera ese vicio del sistema de frenado del accidente por el que se reclama, lo que luego se examinará. Y ello por cuanto son dos cuestiones distintas. El coche estaba mal «de fábrica» (expresión que ha de entenderse como defectuoso antes de la venta) y no ha querido ser reparado constituye motivo suficiente para la defensa del consumidor, amparado en la normativa referenciada. Otras cosa es, que además, ese vicio fuera el causante del accidente que provocó otros daños al vehículo, que también se reclaman, y que como se ha dicho luego examinaremos».

ción no la establece con la resolución del artículo 1124 CC, sino con el saneamiento por vicios ocultos.

Este autor afirma que la garantía del artículo 11 LGDCU no pretende disminuir la protección del consumidor por debajo de lo que establece el artículo 1486 CC. Propone una interpretación armónica de estos preceptos, en el sentido siguiente: si el defecto hace impropia a la cosa para el uso a que se destina o lo disminuye de tal modo que si lo hubiera conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio, el comprador dispone de las acciones edilicias. En cambio, si los defectos son de «*menor entidad*», el consumidor dispone de la garantía del artículo 11 LGDCU pues, esta garantía persigue que el bien tenga «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese» destinado.¹⁵⁶

1.2 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU

[58] Es abundante el número de sentencias de las Audiencias Provinciales en las que de un modo u otro está presente la garantía del artículo 11 LGDCU. Voy a dar cuenta fundamentalmente de aquéllas que se refieren a la resolución, aunque también menciono algunas otras referidas a la sustitución del bien¹⁵⁷ (remedio alternativo a la resolución¹⁵⁸) y otras referidas a la reparación del bien. La alusión a estas otras sentencias se debe al interés que presentan en

¹⁵⁶ BERCOVITZ Alberto (1987) p. 157.

¹⁵⁷ En la jurisprudencia analizada, la sustitución del bien adquirido no ha de ser necesariamente por otro bien de las mismas características [art. 11.3.b) LGDCU], lo cual encuentra justificación en la peculiaridad del caso. Así, en la SAP Soria, 20.11.2002 (Pte. Carnicero Jiménez de Azcárate). El consumidor adquirió un solado que se instaló en su vivienda. El solado producía de forma anormal electricidad estática, haciendo inaguantable la vida ordinaria en la vivienda. El fabricante indicó que ese tipo de solado podía dar lugar a dicho fenómeno si la humedad relativa es muy baja; el tratamiento con un producto antiestático podría solucionarlo, aunque no eliminaría definitivamente el problema. El vendedor no informó al consumidor de la posibilidad de este fenómeno. Aplicando el derecho del consumidor a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características del artículo 11.3.b) LGDCU, la Audiencia Provincial señala que el vendedor está obligado «a restituir el solado instalado en la vivienda del demandado por otro tipo de suelo cuyas características y calidad garanticen que no se van a producir los efectos y problemas surgidos que han sido referidos, en cuyo momento surgirá la obligación de pago del demandado» (FD 4.º; si bien la obligación de pago del consumidor no aparece en el fallo; cursiva mía). En la SAP Santa Cruz de Tenerife 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez), en la sentencia de instancia se condenó a los demandados: «1.-) A entregar a la actora [la consumidora] un vehículo nuevo Citroën (...) (o modelo equivalente, con su garantía preceptiva, con la lógica devolución por el actor del vehículo hoy litigioso). Alternativamente (...)» (cursiva mía; *infra* nota 177).

¹⁵⁸ Frecuentemente se destaca que corresponde al consumidor la facultad de optar entre la sustitución del bien o la resolución del contrato. Por ejemplo: SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, 25.9.2006 (Pte. Navarro Miranda) FD 3.º; SAP Valencia, 7.ª, 5.12.2005 (Pte. Ibáñez Solaz) FD 2.º; SAP Zamora, 1.ª, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (*infra* nota 178); SAP Cantabria, 2.ª, 30.11.2004 (Pte. López del Moral Echeverría); SAP Valencia, 9.ª, 17.6.2003 (Pte. Caruana Font de Mora) FD 2.º; SAP Madrid, 20.ª, 6.9.1999 (Pte. Castro Martín) FD 3.º. V. sin embargo, la SAP Madrid, 12.ª, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) FD 5.º [*infra* nota 170 c)].

relación con la resolución del artículo 11 LGDCU, aun tratando de remedio distinto. Doy asimismo unas indicaciones sobre la carga de la prueba, con las que inicio la exposición que sigue.

A) *La carga de la prueba*

[59] Una cuestión que está presente en la aplicación de las Audiencias Provinciales de la garantía del artículo 11 LGDCU es la de la carga de la prueba. Se percibe, además, una relación entre este precepto con los artículos 25 a 28 LGDCU.

Suele destacarse que el consumidor ha de probar el no funcionamiento correcto del bien o los daños padecidos a causa de la utilización del producto, presumiéndose *iuris tantum* el carácter originario del defecto. Si el vendedor (o/y el fabricante, por haber sido demandado) no demuestran que el defecto del bien es imputable al mal uso hecho por el consumidor o por las personas de las que éste deba responder (art. 25 LGDCU), dicho vendedor (o/y fabricante) responden (término empleado en sentido amplio). Esta doctrina sobre la carga de la prueba se refiere al momento inicial: cuando el comprador exige la reparación. Otra cosa es cómo se prueba el supuesto de la resolución.

Para poder resolver es necesario que no haya tenido éxito el previo intento de reparación del bien [art. 11.3.a) LGDCU]. Situados en este otro momento, alguna sentencia indica que el consumidor tiene la carga de probar la avería y que la reparación no resultó satisfactoria (así sucede en la SAP Salamanca, 1.ª, 4.11.2005, Pte. Gómez Herrero).¹⁵⁹ En otras ocasiones, las Audiencias Provincia-

¹⁵⁹ En la SAP Salamanca, 1.ª, 4.11.2005 (Pte. Gómez Herrero), el consumidor había adquirido una vídeo cámara, cuya pantalla presentó averías. Fue llevada al vendedor dos veces, reparándose. Hubo además una tercera vez, remitiéndose la vídeo cámara al fabricante, quien indica que presentaba un funcionamiento correcto (FD 1.º). El consumidor recurre en apelación la sentencia que desestimó su petición de resolución del contrato. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia: el consumidor no probó la reparación no satisfactoria del bien. En el FD 3.º: «(...) el comprador de la vídeo cámara, que reclama (...), lo hace sobre la base de que prácticamente desde que le fue entregada ha sufrido constantes averías, con entrada en taller de hasta tres veces, realizándose reparaciones con instalación y recambio de importantes piezas, entendiendo que simplemente con esta constatación es suficiente para lograr el éxito de la acción ejercitada, lo cual no resulta, ajustado a las normas de la prueba (...), pues al demandante consumidor le corresponde probar que la videocámara que le fue vendida dentro del período de garantía ha sufrido averías y que la reparación de las mismas no ha resultado satisfactorias dejando a la misma en condiciones óptimas para servir al uso o destino que le es propio. En el caso, el actor ha probado que la videocámara ha sufrido averías, las cuales se han intentado corregir mediante las reparaciones correspondientes y la colocación de las piezas que se han estimado necesarias, pero lo que no se ha probado –carga de la prueba que corresponde al actor consumidor– es que las reparaciones verificadas no hayan resultado satisfactorias al mismo en condiciones óptimas de servir al uso y destino que le es propio. Por tanto, si el actor consumidor, en el supuesto de averías que se han intentado corregir mediante las reparaciones que la técnica *ad hoc* aconseje, no prueba que las mismas no han sido satisfactorias

les han indicado que corresponde al garante demostrar, que realizó satisfactoriamente la reparación si quiere evitar la resolución; también puede probar el mal uso del consumidor.¹⁶⁰

Además de esta doctrina sobre la carga de la prueba, encontramos otros dos aspectos en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de los que conviene que dé cuenta. Así, alguna vez se recuerda el sistema de responsabilidad objetivo que contiene el artículo 28 LGDCU¹⁶¹. Y es habitual hasta cierto punto la mención

y el objeto de las reparaciones no ha adquirido, mediante las mismas, la cualidad óptima para uso y destino, se ha de entender que no puede adquirir el derecho a la sustitución del objeto o a la devolución del precio, dado que está opción está subordinada al cumplimiento de reparación no satisfactoria y a la cualidad óptima para cumplir con el uso o destino del objeto adquirido, en tanto no pruebe el supuesto de que parte el precepto. En el caso examinado, el actor no lo ha probado, por lo que el recurso se hace desestimable, declarando la confirmación de la sentencia apelada».

¹⁶⁰ Sobre la carga de la prueba, entre otras: SAP Badajoz, 3.ª, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) FD 2.º (*infra* nota 171); SAP Tarragona, 3.ª, 17.5.2005 (Pte. Cerdá Miralles) FD 1.º en donde se relacionan los artículos 11 y 28 LGDCU; SAP Zamora, 1.ª, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (*infra* nota 178); SAP Badajoz, 3.ª, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores) FD 2.º (*infra* nota 171); SAP Valencia, 9.ª, 30.6.2004 (Pte. Martorell Zulueta) FD 2.º (la demanda es de reclamación de cantidad, que se estima); SAP Valencia, 7.ª, 29.6.2004 (Pte. Ibáñez Solaz) FD 2.º, 2.º; SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez) FD 4.º; SAP Cantabria, 2.ª, 4.11.2002 (Pte. Sagüillo Tejerina) FD 3.º; SAP Las Palmas, 5.ª, 7.3.2002 (Pte. García Van Isschot) FD 2.º [*infra* nota 170 g)]; SAP Alicante, 7.ª, 14.11.2001 (Pte. Valero Díez) FD 2.º; SAP Asturias, 4.ª, 22.2.2000 (Pte. Álvarez Sánchez) FD 4.º; SAP Barcelona, 16.ª, 20.11.1998 (Pte. Seguí Puntas) FD 2.º [*infra* nota 174 c)]. Algunos autores entienden que, probado el defecto del bien, se presume el carácter originario: FENOY PICÓN (2001), nota 36 en p. 2489 letra k).

En la SAP Madrid, 10.ª, 25.9.2006 (Pte. González Olleros), a propósito de la carga de la prueba, se destaca que al actor le basta con probar la existencia del defecto, siendo el demandado quien ha de probar la inexistencia del vicio; el demandado también debe probar que la reparación o reparaciones fueron satisfactorias para el uso por el que se compró el bien; y asimismo tiene la carga de probar la culpa exclusiva del consumidor o usuario en el uso [FD 5.º; sobre esta sentencia *infra* nota 172 a)]. En similar línea, la SAP, Madrid, 12.ª, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) FD 3.º *in fine*. En la SAP Asturias, 1.ª, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso), en el FD 2.º, se relacionan los artículos 11 y 25 ss. LGDCU y se señala que hay una inversión de la carga de la prueba en beneficio del consumidor; la sentencia se sitúa cuando ya ha tenido lugar la reparación del vehículo y se indica que corresponde al garante acreditar que hizo correctamente la reparación (FD 2.º). Sobre esta SAP Asturias, 1.ª, 22.1.2001, *infra* nota 181.

¹⁶¹ Entre otras, por ejemplo la SAP Valencia, 7.ª, 10.4.2006 (Pte. Lahoz Rodrigo). Se adquirió un vehículo marca BMW que presentaba vibraciones en la dirección cuando se circulaba a la velocidad comprendida entre 90 y 100 kilómetros, con independencia del firme. Durante el plazo de garantía, se realizaron cinco reparaciones y ninguna logró subsanar el defecto. El comprador demanda al vendedor y al fabricante, ejercitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurren el vendedor y el fabricante. En su recurso, el vendedor alegaba inaplicación del artículo 11.3.b) LGDCU, porque los mecanismos de seguridad del vehículo no estaban afectados, sino que sólo estaba afectado el confort o comodidad y estos conceptos están excluidos de una inhabilidad total del objeto (doctrina del *aliud pro alio*). La Audiencia Provincial, que desestima tal alegación y confirma la sentencia de instancia, indica: «No se comparte el razonamiento de la parte recurrente, no solo porque contradice la imagen comercial de la marca que vende seguridad y confort como analiza el juzgador de instancia, sino porque impone al consumidor unas condiciones que exceden del contrato pues si en cinco ocasiones no han sido capaces de eliminar las vibraciones en la conducción, no es admisible que se pretenda imponer al adquirente del vehículo su uso en esas condiciones cuando el periodo de garantía está próximo a concluir. El artículo 28 de la LGDCU regula una responsabili-

de la conocida STS, 1.^a, 23.5.1991 (Pte: Villagómez Rodil)¹⁶² que señala que la garantía del bien ha de interpretarse de forma no perjudicial para los derechos del consumidor y teniendo en cuenta la confianza que inspiró para la compra del vehículo (el bien adquirido)¹⁶³.

B) *Los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU*

[60] Hechas las anteriores aclaraciones sobre el funcionamiento de la carga de la prueba, procede explicar los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU conforme a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Se reiteran tres requisitos:

Primero.— La garantía ampara al consumidor de los defectos de la cosa preexistentes al momento de la celebración del contrato, aunque se manifiesten con posteridad, si bien dentro del período de garantía; esto es, los defectos han de ser originarios¹⁶⁴.

Segundo.— Para pedir la resolución no ha de ser posible la reparación «satisfactoria» del defecto. Si es posible, el único derecho del consumidor es la reparación gratuita del bien y la indemnización de daños y perjuicios¹⁶⁵. La ley [art. 11.3.a) LGDCU] *ofrece*

dad objetiva, extensible al ramo de automóviles en base al apartado 2, e impone la responsabilidad por los daños originados en el correcto uso de bienes cuando por su propia naturaleza incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. *Por lo tanto, la legislación aplicable es la especial en materia de consumo y, en particular el artículo 13-3-b) [sic 11.3.b)] que debe ponerse en armonía con el 28, de ahí que si efectuada la reparación no se alcanza la condición óptima para cumplir el uso a que estuviere designado, el titular de la garantía tendrá derecho a la devolución del precio pagado. En el presente caso no cabe la menor duda de que durante el periodo de garantía el vehículo no ha recuperado las condiciones óptimas de uso por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia en cuanto condena a ENGASA S.A.»* (FD 1.º del recurso del vendedor; cursiva mía).

¹⁶² La comenta BERCOVITZ Rodrigo (1991) pp. 603 ss.; v. FENOY PICÓN (2001) pp. 2485-2488.

¹⁶³ Entre otras, la mencionan: SAP Asturias, 5.^a, 13.11.2007 (Pte. Álvarez Seijo; *infra* nota 170 a)); SAP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (*infra* nota 178); SAP Valencia, 9.^a, 17.6.2003 (Pte. Caruana Font de Mora) FD 2.º; SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso; *infra* nota 181) FD 2.º; SAP Asturias, 4.^a, 22.2.2000 (Pte. Álvarez Sánchez) FD 2.º.

¹⁶⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.^a, 25.9.2006 (Pte. Navarro Miranda) FD 3.º.

¹⁶⁵ En las dos siguientes sentencias, el consumidor encargó a un tercero la reparación, exigiendo después su pago del vendedor:

a) En la SAP Baleares, 3.^a, 6.3.2003 (Pte. Gómez Martínez), el consumidor había adquirido un automóvil que tuvo una grave avería. El vendedor (cuyos talleres estaban en Palma de Mallorca) se negó a pagar la factura de un taller de San Sebastián (tercerro), al que el consumidor había llevado el coche (pues allí residía); en la factura se detallaban las partidas de custodia y confección de presupuesto. El consumidor demanda al vendedor, suplicando su condena al pago de cierta cantidad, entre cuyas partidas figura la

al garante la oportunidad y el derecho de cumplir, a través de la reparación.

Esta idea aparece en la SAP Jaén, 2.^a, 19.12.2005 (Pte. Morales Ortega). En primera instancia, se accedió a la resolución de la compraventa del vehículo de segunda mano, suplicada por el consumidor. El vendedor recurre y alega, entre otras cosas, que se le había privado de la posibilidad de reparar el vehículo, en cumplimiento de la garantía (FD 1.^o *in fine*). El vendedor ofreció reparar, pero el consumidor no lo admitió (por desconfianza; decía haberse sentido engañado). La Audiencia Provincial admite que el consumidor impidió al vendedor «ese cumplimiento previo y prioritario a la posibilidad secundaria o de segundo grado de optar por la resolución pretendida para supuestos como el presente establece el artículo 11.3.c) [*sic*, b)] LGDCU» (FD 2.^o). De ahí que estime el recurso del vendedor, revoque la sentencia de instancia y desestime la demanda del consumidor.¹⁶⁶

La resolución también es oportuna *si el vendedor (o/y el fabricante, si se le demanda) se han negado a llevar a cabo la reparación*¹⁶⁷.

Aunque resuelva correctamente el caso, la SAP Pontevedra, 1.^a, 11.4.2003 (Pte. Picatoste Bobillo) lleva a cabo, en mi opinión, una interpretación estricta del artículo 11.3.b) LGDCU. La Audiencia señala que el artículo 11.3 LGDCU «contempla *sólo* el supuesto de una *reparación realizada*, pero de resultados malogrados, de manera que la insatisfacción se mide en función de esta frustración» (FD 2.^o, cursiva mía). Para la Audiencia Provincial, el precepto no contem-

del coste de reparación del vehículo. En primera instancia se estima la demanda, sentencia que confirma la Audiencia Provincial. La Audiencia señala que el cumplimiento *in natura* (art. 1091 CC) es preferible al cumplimiento por equivalente (indemnización de daños del artículo 1101 CC), si ello es posible y en el caso, la reparación devino muy difícil (FD 3.^o; básicamente por la actitud que adoptó el vendedor). En relación con la garantía del artículo 11 LGDCU, señala: «[d]icho precepto establece unos mínimos que el juez «a quo», al conceder a la compradora el precio de la reparación y una indemnización de daños y perjuicios no hace sino respetar, máxime cuando la reparación, como hasta aquí se ha razonado, se ha dificultado por la conducta de la propia vendedora. *Si procede la indemnización cuando la reparación es insatisfactoria, con más razón procederá cuando ha devenido prácticamente imposible./ En consecuencia, la sentencia de primera instancia, en cuanto condena a la demandada al cumplimiento por equivalente, es decir, al abono a la actora del precio en el que el perito ha valorado la reparación del coche, se ajusta a las previsiones del artículo 1101 del CC» (FD 3.^o *in fine*).*

b) En la SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Díez), el vehículo adquirido por el consumidor tuvo, a los pocos días de su entrega, una grave avería. El vendedor se negó a repararlo y el consumidor, dada la necesidad de uso que tenía, encargó la reparación a un taller. El consumidor reclama el pago del precio de la reparación. En primera instancia se desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima en parte el recurso y condena al pago de 239.182 pesetas (el coche había costado 345.000 pesetas).

V. SAP Asturias, 5.^a, 13.2.1998 (Pte. Luces Gil) *infra* nota 185.

¹⁶⁶ V. *infra* nota 170, d).

¹⁶⁷ Por ejemplo, SAP Albacete, 2.^a, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha), *supra* [56].

pla los casos en los que la posible reparación supone sacrificios o privaciones desproporcionados para el consumidor (FD 2.º).

En este caso, el consumidor había comprado un teléfono móvil de última generación que tuvo un problema de *software*, siendo difícil la reparación por no haber herramientas necesarias para poder hacerla y porque la única persona que en España podía realizarlo, estaba, en esas fechas, de vacaciones en Finlandia. La Audiencia Provincial considera *que una semana es tiempo razonable para hacer la reparación y que no lo fue el empleado*. La Audiencia estima la pretendida desvinculación por parte del comprador *con base en el artículo 1486 CC (y art. 1484 CC)*. No obstante, de la lectura de la sentencia puede entenderse, que inicialmente el derecho a la reparación del móvil sería la garantía del artículo 11 LGDCU¹⁶⁸ (primer FD 4.º; hay otro FD 4.º sobre costas procesales)¹⁶⁹. En la solución de esta sentencia, está presente la

¹⁶⁸ Aunque la existencia de un servicio postventa permite solicitar la reparación: en la sentencia también se cita el artículo 11.5 LGDCU.

¹⁶⁹ El 29 de enero de 2002 el consumidor adquirió el móvil. Descubierta el problema del *software*, lo lleva a reparar al vendedor, quien lo remite a un servicio técnico, que lo devuelve sin reparación al no comercializarlo. El vendedor remite el móvil a otro servicio técnico, transcurriendo el tiempo sin que se repare. El consumidor pide la resolución del contrato. Presenta su demanda el 15 de abril de 2002 y el 30 de abril, estando en curso la litis, se entrega el teléfono (FD 1.º). En primera instancia se desestima la demanda. El comprador recurre y la Audiencia Provincial estima el recurso. Como he señalado fundamenta la solución en los artículos 1484 y 1486 CC y destaca –idea que me interesa– *que el móvil es un bien que se necesita de inmediato y si se tarda en reparar, es razonable entender que el comprador no lo hubiera adquirido* (en la sentencia no se indica si se ofreció al comprador otro móvil, mientras se llevaba a cabo la reparación; tratándose de vehículos automóviles, en algunas de las sentencias se describe cómo, durante la reparación, se entregó al consumidor otro vehículo para que lo utilizare entretanto: el denominado vehículo de cortesía).

Según la SAP Pontevedra, 1.ª, 11.4.2003 (Pte. Picatoste Bobillo): *«Pero la entidad del vicio, su propia caracterización, habrán de medirse en el contexto de las circunstancias de cada caso, esto es, del servicio que la cosa ha de prestar, y por consiguiente, no sólo ha de valorarse el carácter intrínseco y permanente de la deficiencia de la cosa, sino que, en aquellos casos en que sea reparable, ha de considerarse el sacrificio y coste que para el comprador puede suponer la decisión por la reparación si ello comporta una privación prolongada de la cosa, no querida ni esperada, de modo que se haga ilusoria la disponibilidad –y, por ende, efectiva eficacia funcional– de la cosa más allá de la tolerancia en el tráfico que razonablemente pueda esperarse de un comprador medio, de tal modo que, de haberse conocido tal limitación, no se hubiese adquirido la cosa. (...) Lo dicho cobra mayor relieve si el bien de que se trata es de aquellos que están llamados a cubrir de forma inmediata una necesidad de uso, del que se ve privado durante tal inusual plazo de tiempo por razón de las dificultades de reparación que hacen perfectamente presumible y razonable que de conocerse oportunamente las consecuencias de ese vicio el comprador no la hubiera comprado./ En el caso enjuiciado de las manifestaciones hechas por el demandante en el curso del juicio, se aprecia claramente que estaba absolutamente fuera de su previsión la inusual tardanza, la especial dificultad que la reparación planteaba y el inesperado quebranto que ello le acarrearía al privarle del uso de la cosa de forma en principio indefinida, de manera que actuó confiado en la idea de que en una semana estaría rectificado el defecto; fue precisamente la comprobación de tal falacia lo que le llevó a optar por la resolución del contrato./ (...) No es en modo alguno irrazonable admitir que el demandante no hubiera comprado el teléfono o hubiese optado por otro modelo, de haber conocido que la rectificación de los vicios originarios del *software*, por causa de las*

exigencia de que la reparación *debe hacerse en un plazo razonable*. Es una regla que no explicitaba de manera expresa el artículo 11 LGDCU, de ahí seguramente que la Audiencia acudiera al saneamiento. Hoy el artículo 120.b) TR lo requiere de manera expresa.

Finalmente en la SAP Tarragona, 3.^a, 17.5.2005 (Pte. Cerdá Miralles) se precisa, que el consumidor que ya ha soportado una reparación infructuosa de la avería, *no está obligado a soportar otra nueva reparación de la misma avería* (FD 1.^o). Y en la SAP Madrid, 20.^a, 6.9.1999 (Pte. Castro Martín) se afirma, que no se puede exigir del comprador *que persista indefinidamente en el intento de conseguir el adecuado funcionamiento del bien* (un ordenador) (FD 3.^o *in fine*).

Tercero.— Para resolver el contrato, con base en la garantía del artículo 11 LGDCU, *basta* —destacan las Audiencias Provinciales— con que el objeto no tenga las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado. Las Audiencias Provinciales suelen precisar, que *no es necesario que el defecto provoque la inutilidad total o parcial del bien*.¹⁷⁰ Esta idea estaba ya recogida

dificultades técnicas y de servicio asistencial, iba a posponer de modo tan grave la disponibilidad y disfrute de la cosa comprada./ (...), no puede entenderse que el comprador (que desde luego no ha sido informado de todos esos particulares por el vendedor al tiempo de la compra), pese a haber optado inicialmente por la reparación, a la vista del curso de los acontecimientos, quede privado del ejercicio de la acción del artículo 1486 del CC. *Hay que entender que el uso resultará disminuido (...) no sólo cuando resulta mermada la utilización permanente a causa del defecto, sino también cuando aun siendo reparable para recuperar la plenitud funcional, el adquirente se ha de ver privado de la cosa por tiempo tan prolongado que de haberlo conocido no le habría interesado adquirirlo, especialmente cuando, (...) se trata de la compra de un teléfono móvil, está llamado a prestar un servicio inmediato y cubrir unas necesidades perentorias»* (primer FD 4.^o; cursiva mía).

¹⁷⁰ Son muchas las sentencias que afirman la doctrina expuesta en el texto. Sin perjuicio de otras de las que iré dando cuenta, por ejemplo:

a) En la SAP Asturias, 5.^a, 13.11.2007 (Pte. Álvarez Seijo) se señala: «Por su parte, la sentencia de 20-12-04 de la Audiencia Provincial de Zamora ha señalado que la interpretación del artículo 11.3 permite obtener la devolución *sin que sea precisa la inhabilitación total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso*. También declara esta sentencia que el papel importante que la garantía desempeña a la hora de adquirir el producto es puesta de relieve por el TS en la S 23-5-1991 al decir que ha de ser interpretada de forma no perjudicial para los derechos del consumidor y la confianza que le inspiró como motivo a tener en cuenta para adquirir un vehículo. Esa garantía —continúa la sentencia— implica la obligación profesional de reparar durante el plazo legal o pactado los defectos originarios que el bien presente por su falta de calidad con la que se vendió, que impliquen un menoscabo en el funcionamiento y uso normal del bien objeto del negocio realizado, atendidas sus propias circunstancias y características. Además —añade la sentencia— esa obligación por imperativo legal tiene que ser sin coste alguno para el consumidor y óptima para cumplir el uso a que esté destinado el bien. Si esa reparación del mismo no se lleva a cabo o se realiza defectuosamente es cuando surge el derecho de opción a favor del consumidor, bien de resolver el contrato dado el incumplimiento de la obligación del vendedor, bien de sustitución del objeto. Esa opción es de segundo grado en cuanto subsidiaria a la obligación de reparar por parte del vendedor o productor» (FD 2.^o). Se había adquirido un coche y sólo ocho días después, sufrió un incendio estando aparcado. El vendedor lo reparó

correctamente (FD 1.º). Según la Audiencia Provincial: «(...), es lo cierto que la pericial practicada puso de relieve que la reparación del vehículo tras el siniestro había resultado satisfactoria, de ahí que desde entonces hasta la actualidad el funcionamiento del mismo hubiese sido correcto./ En base a ello, la primera de las peticiones esgrimida en la demanda caería por su base, y tan es así que la propia actora [comprador] no incidió en dicha petición en su escrito de formalización, lógico por otra parte dado que tras el siniestro se cumplió sin paliativos con lo ordenado en el artículo 11-3-a) de la LGDCU» (FD 3.º).

b) En la SAP Girona, 2.ª, 18.5.2007 (Pte. Rey Huidrobo) se adquirió un vehículo nuevo que adoleció de varios defectos (ruido desmesurado, falta de potencia, etc.) con reiteradas entradas en taller para reparación (en cinco meses, cinco averías). En primera instancia se desestima la demanda. El consumidor recurre y la Audiencia Provincial declara resuelta la compraventa. El contrato se celebró el 30 de diciembre de 2003, procediendo a la aplicación de la Ley de Garantías de 2003 (así, arts. 4, 5 y 7 LG). Se indica: «(...) en el presente caso es lógico pensar que el comprador haya perdido toda confianza en el vehículo y en otro del mismo tipo que lo sustituya, habiendo transcurrido varios años con el vehículo depositado en el concesionario sin que se haya arbitrado una solución al tema, por lo que la proporcionalidad de la petición resolutoria es patente, como también el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo con la legislación civil, (Disposición Adicional, párrafo 2.º de la LGVBC)» (FD 4.º). La Audiencia Provincial (FD 4.º) también señala que la resolución encajaría en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; entre otras cosas, indica: «(...)»; y *no puede asimilarse la falta de condiciones óptimas a inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, de manera que no es necesaria esta inhabilidad para que surja el derecho a la opción prevista en dicho precepto (...)*. Asimismo precisó, que el caso encajaba en la doctrina del *aliud pro alio* (FD 4.º). Esto es, aplicase lo que se aplicase, procedía resolver.

c) En la SAP Madrid, 12.ª, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) se había adquirido un vehículo que tuvo diversas averías, unas, puntuales, otras de especial gravedad (desvíos y ruidos en la dirección, desgaste anormal de los neumáticos debido a que las cotas de dirección de convergencia de las ruedas delanteras y traseras estaban exageradamente fuera de las especificaciones del fabricante). El consumidor demandó al vendedor y al fabricante, interesando la sustitución del vehículo (petición principal) y subsidiariamente, la resolución del contrato, con base en la Ley 23/2003 (LG). En primera instancia se desestima la demanda, pues, entre otras cosas, se considera que la incorrecta alineación del tren de rodadura puede ser reparado de forma adecuada. El consumidor recurre. La Audiencia Provincial *aplica la LGDCU (iura novit curia)*, estima la resolución con base en el artículo 11.3.b) LGDCU y recuerda que éste no exige la inhabilidad total del bien: «(...), nos encontramos con que el artículo 11, núm. 3 de la Ley 26/1984 confiere al consumidor, (...), el derecho a la reparación gratuita de los defectos originarios del producto, y, si la misma no fuere satisfactoria, de modo que el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el derecho a la sustitución del mismo por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado. *Dicho artículo no exige, para que surja el derecho conferido en el mismo, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado de manera satisfactoria; y no puede asimilarse la falta de condiciones óptimas a inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, de manera que no es necesaria esta inhabilidad para que surja el derecho a la opción prevista en dicho precepto* (SS AP de Asturias de 22 de enero de 2001, Lérida de 20 de junio de 2001, Palencia 31 de julio de 2001, y Santa Cruz de Tenerife 25 noviembre 2002)» (FD 3.º). En el caso, la Audiencia entiende que *el vehículo no tenía las condiciones óptimas para cumplir su finalidad* (FD 4.º), por ello estima, en parte, el recurso. Rechaza la sustitución, en consideración a «las dificultades que al tiempo de ejecutarse la sentencia pueda presentar la sustitución del vehículo adquirido por otro nuevo de idénticas características, ante la posibilidad de su inexistencia en el mercado, o de una diferencia mayor de precio» (FD 5.º); estima la resolución.

d) En la SAP Jaén, 2.ª, 19.12.2005 (Pte. Morales Ortega), se había adquirido un vehículo de segunda mano que tuvo diversas averías. En primera instancia se estima la

resolución suplicada por el consumidor. Recurre el vendedor, quien alega: «(...) no ser los defectos denunciados de tal trascendencia que impidieran el uso del vehículo al fin para el que estaba destinado después de una simple reparación para su normal funcionamiento, no alcanzando pues la categoría de vicios ocultos que justifiquen la resolución, sino la de simples anomalías o averías por el uso; (...)» (FD 1.º). La Audiencia Provincial señala: «Así, cierto es que la interpretación del artículo 11.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (...), permite obtener tal devolución sin que sea precisa la inhabilitación total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso, pero es que en el supuesto de autos, (...), mantienen que tales averías son fácilmente solucionables y de no muy costosa reparación, quedando el vehículo después habilitado para un funcionamiento totalmente normal, por ello se ha de concluir que en principio las pérdidas de aceite observadas no tienen la relevancia necesaria para estimar la acción de resolución accediendo a la opción que el artículo 1486 [sic] establece» (FD 2.º). La Audiencia Provincial estima el recurso del vendedor y desestima la resolución, querida por el consumidor. El consumidor se había negado a que el vendedor (que quería hacerlo) reparase el vehículo (v. *supra* [60] Segundo.-).

e) En la SAP Huelva, 3.ª, 22.11.2005 (Pte. García Valdecasas y García Valdecasas) se adquirió en febrero de 2002, un vehículo que presentó defectos (ruido en la dirección y vibración en el volante). El vehículo se reparó y entregó al consumidor, quien, posteriormente, sufrió un accidente. Se discute si la rotura de la barra de la dirección se produjo por el accidente (lo que defiende el vendedor) o si la barra se rompió antes por los defectos que el vehículo tenía en la dirección (lo que defiende el consumidor) (FD 2.º). El Juzgado de Primera Instancia declaró la resolución del contrato (consideró que la rotura de la barra no se debió a la colisión; sino que era previa, por un defecto de origen o por causa no imputable al conductor). Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial confirma la resolución. En el FD 1.º, en relación con el artículo 11 LGDCU, se indica: «Y en cuanto a la alegación de que «la parte adversa...está peticionando el cumplimiento del régimen de garantía, en virtud del cual solicita o bien la sustitución del coche, o bien la resolución del contrato», debe señalarse que la viabilidad del derecho no queda supeditada a que la reclamación judicial del mismo se produzca dentro del período de garantía fijado en el contrato, sino que el artículo 11.3.b) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios lo que establece es que durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho a la reparación, o en su caso y si ésta no es satisfactoria, a la sustitución del objeto o a la devolución del precio, lo que rectamente entendido significa que bastará con que, como en el caso de autos, la reparación se haya intentado dentro del período de garantía por haberse manifestado el defecto dentro de ese mismo período, al margen de que la reclamación judicial, ante el incumplimiento del vendedor de la obligación impuesta en dicho precepto se produzca con posterioridad [*infra* nota 174, a)]. Este último precepto de otra parte, no exige para que surja el derecho que el mismo confiere al consumidor o usuario, que se produzca una inhabilitación total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado a satisfacción del usuario para que surja el derecho en el titular de la garantía tendrá de sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o la devolución del precio pagado» (cursiva mía).

f) SAP Zamora, 1.ª, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (*infra* nota 178).

g) En la SAP Las Palmas, 5.ª, 7.3.2002 (Pte. García Van Isschot) se había vendido un coche deportivo que resultó tener defectos, que producían el recalentamiento del motor; aquéllos no fueron arreglados satisfactoriamente, haciendo inviable la continuación en la conducción so pena de inutilizar definitivamente el motor (FD 2.º). En primera instancia se estimó la resolución del contrato. Recurre el vendedor, alegando, entre otras cosas, que la resolución sólo procede cuando el incumplimiento recae sobre *elementos esenciales de lo adquirido* y en el caso no había incumplimiento serio; la resolución sólo cabe en caso de inutilidad absoluta de la cosa entregada, frustrando el fin del contrato. La Audiencia confirma la sentencia de instancia: «(...); y es que no se trata de que la cosa resulte absoluta y materialmente inservible para el uso a que se la destina, sino que es suficiente que su función se vea alterada de forma relevante y las prestaciones que de la

en la SAP Albacete, 2.^a, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha) a la que antes me he referido y que citaba expresamente a García Cantero (*supra* [56]).

[i] Expuestos los requisitos exigidos para la resolución, creo que la SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) refleja en este punto la doctrina de las Audiencias Provinciales de modo bastante elocuente. Por eso me voy a referir a ella. En este caso se había celebrado un arrendamiento financiero de un vehículo nuevo. El vehículo entregado tenía vibraciones al frenar, que no se consiguieron reparar. El consumidor demanda al fabricante por este motivo y pide la resolución. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estiman su petición. En lo que me interesa, la Audiencia Provincial afirma:

«(...) la venta de automóviles debe considerarse regida no sólo por los preceptos de los Códigos civil y mercantil atinentes al contrato de compraventa sino también por los del llamado «Estatuto del consumidor», lo que supone la plena aplicabilidad al supuesto debatido del régimen de garantías y responsabilidades específicamente regulado en los artículos 11 y 25 a 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, particularmente favorable para el consumidor y/o usuario, a quien le basta con demostrar que ha padecido daños y perjuicios a causa de la utilización de un producto para sentar la responsabilidad solidaria de quienes los «producen, importan, suministran o facilitan», los cuales sólo pueden exonerarse probando que los daños son derivados de la culpa del usuario o de las personas de las que se deba responder civilmente [v. también FD 2.^o].

(...) el derecho a la resolución del contrato (o el de sustitución del objeto adquirido por otro de iguales características, pues ambos son de naturaleza optativa para el consumidor) requiere de la concurrencia de tres requisitos:

1.- Que el bien adquirido presente un vicio o defecto originario. El vicio ha de ser anterior al contrato, lo que se cumple cuando la causa del mismo sea anterior aunque el defecto se manifieste después de la adquisición del bien durante el período de garantía.

2.- Que no resulte posible la reparación satisfactoria del vicio o defecto (pues de resultar posible el único derecho que la Ley otorga al consumidor es el de la reparación gratuita con indemnización de daños y perjuicios).

3.- Que el vicio o defecto haga que «el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado», por lo que, a diferencia del régimen del CC, no es necesario que el vicio determine la inutilidad o inhabilidad del bien para

misma se esperan incidan en aspectos esenciales de su uso o disfrute. La respuesta del ordenamiento jurídico, ante lo desarmado que se encuentra el consumidor frente al mundo de la venta, talleres y reparaciones automovilísticas que escapan de su control y supervisión, (...)» (FD 2.^o *in fine*).

h) SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso) FD 3.^o [*infra* nota 181].

i) SAP Valencia, 2.^a, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) FD 3.^o [*infra* nota 174 a) y c)].

cumplir el uso al que se destina» (SAP Badajoz (3.ª) 28-IX-2004¹⁷¹)»¹⁷².

[ii] Hay otra sentencia –SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres)– que me parece interesante recordar aquí por dos motivos: primero, por el caso que resuelve; y segundo, porque suele citarse en otras sentencias de las Audiencias Provinciales para destacar que el supuesto de hecho de la resolución del artículo 11.3 LGDCU *no exige la inhabilidad total o parcial del bien* (aliud pro alio).

¹⁷¹ La SAP Badajoz, 3.ª, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) reproduce esta citada SAP Badajoz, 3.ª, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores; FD 2.º). El caso de esta última fue el siguiente. Se adquirió un vehículo que a los pocos días de ser entregado se incendió, mientras circulaba. El consumidor ejercita la resolución de la compraventa; subsidiariamente, en cumplimiento de la garantía, la reparación del vehículo de modo que quedase en perfecto estado. En primera instancia se estima la resolución; no se estima la reparación porque, aunque técnicamente puede hacerse, «el valor de la reparación es absolutamente desproporcionado y por supuesto superior al valor del mismo» (FD 2.º). El vendedor recurre, confirmando la Audiencia Provincial la sentencia de instancia. Señala que no es algo normal que transcurridos pocos días desde la entrega, el vehículo se incendie cuando aparentemente estaba en buen estado (FD 2.º). Se baraja la hipótesis de que el fuego tuviera origen en un problema electrónico (FD 2.º). Ahora bien: «[n]o se ha llegado a concretar con total seguridad cual fuera la causa del incendio, pero tampoco puede olvidarse que la prueba de que fue debido a culpa del usuario o de las personas de quienes éste tuviera que responder civilmente correspondía a la demandada [vendedora], que en principio tenía obligación de entregar el vehículo objeto de compraventa en perfectas condiciones de servir a su uso, asumiendo el riesgo derivado de que ello no fuera así» (FD 2.º). La vendedora no demostró que no había defecto originario (FD 2.º).

¹⁷² Entre otras sentencias que señalan estos tres requisitos del artículo 11.3.b) LGDCU, además de la expuesta en la nota que antecede a ésta, por ejemplo:

a) La SAP Madrid, 10.ª, 25.9.2006 (Pte. González Olleros) FD 5.º. Ahora bien, en esta SAP Madrid, 10.ª, 25.9.2006, el consumidor ejercitó la sustitución del vehículo y, subsidiariamente, la resolución del contrato; en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios por el coste del alquiler de otro vehículo. Tanto en primera como en segunda instancia se desestima la demanda. El vehículo había sido correctamente reparado (averías en el sistema electrónico) y la desestimación de la petición de daños por el alquiler de un vehículo, se debía a que esa concreta avería, a causa de la cual se alquiló, era ajena a las demandadas.

b) La SAP Asturias, 4.ª, 3.12.2004 (Pte. Avello Zapatero) FD 2.º *in fine*. Se adquirió un vehículo que tuvo diversos defectos, unos más puntuales, otros de especial gravedad, entrando hasta en diez ocasiones en el taller para su reparación. Algunos defectos no fueron satisfactoriamente resueltos y por ello el consumidor ejercita, entre otras cosas, la resolución del contrato, lo que se estima en primera y segunda instancia (v. FD 3.º y 4.º).

c) La SAP Pontevedra, 5.ª, 4.11.2002 (Pte. Ferrer González) FD 2.º y 3.º (v. también FD 1.º). Se adquirió un vehículo que tuvo defectos de deriva hacia la derecha de su trayectoria (con origen en la estructura del vehículo) y que se llevó a taller en varias ocasiones. La Audiencia Provincial no comparte la alegación del fabricante, de que no procedía la resolución del contrato con base en el artículo 11 LGDCU (ni en el artículo 1484 CC) porque el defecto había de ser de «suficiente entidad como para hacer inhábil al bien para el fin al que se le destina» y, en su opinión, el defecto no tenía «entidad suficiente para impedir la conducción normal del vehículo» (FD 1.º). La Audiencia Provincial señala *que únicamente se requiere, para resolver el contrato, que los defectos hagan que el bien no se encuentre en condiciones óptimas para cumplir el uso al que esté destinado; no es necesario que el defecto cause la inhabilidad total del bien para su uso, ni que el defecto haya de poder calificarse de grave* (FD 4.º; v. FD 1.º). Confirma la sentencia de instancia, que estimó la resolución: según la Audiencia, el defecto en la estabilidad lineal priva al vehículo de sus condiciones óptimas de uso (FD 4.º).

El caso fue el que sigue. El vehículo adquirido tenía un defecto de origen: el deficiente montaje de sus puertas que permitía la filtración de agua en el habitáculo del vehículo los días de lluvia. Pese a llevarse al taller en repetidas ocasiones, la anomalía no fue subsanada. El consumidor utilizó el vehículo recorriendo 60.000 kilómetros. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda del consumidor: condena a la sustitución del vehículo por otro de idénticas características o alternativamente a la devolución del precio pagado. El vendedor recurre y alega, entre otras cosas, que *«no se produjo la inhabilidad total del objeto vendido para su destino»* (FD 1.º). La Audiencia Provincial desestima el motivo: *en la compraventa de consumo, basta con que el bien no tenga las condiciones óptimas de uso para responder*. Admite la resolución del contrato, *si bien por razón del uso y depreciación del vehículo*, reduce en un 50% del precio de compra la cantidad a devolver¹⁷³.

Señala la Audiencia Provincial:

«El artículo 11.3.b) (...) no exige, para que surja el derecho que el mismo confiere al consumidor o usuario, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado a satisfacción del usuario; ciertamente, no puede asimilarse ni equipararse la falta de condiciones óptimas a inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, y, en este caso y anticipando lo que más adelante se dirá con relación a la prueba pericial, hay que señalar que el funcionamiento del vehículo del automóvil distó mucho de ser óptimo y ello aunque recorriera sesenta mil kilómetros, puesto que entró en numerosas ocasiones en el taller para la reparación del defecto del montaje que permitía la filtración del agua a su interior, defecto que no fue reparado y que necesariamente tuvo que suponer una serie de incomodidades y molestias manifiestas en su uso y utilización, y no sólo por las veces y días en que el actor tuvo que acudir al taller para su reparación (con los inconvenientes que ello debió de llevar consigo), sino también por las dificultades que en tales condiciones entrañaba la utilización normal del objeto en determinadas circunstancias (en orden a su limpieza, en días de lluvia, etc.).»

En definitiva y aunque no se produjera la inhabilidad total del objeto, no cabe duda de que la falta de reparación adecuada del defecto advertido determinó que el automóvil con *[sic; no]* contara ni revistiera las condiciones óptimas para su uso, y es justamente esto lo que genera la aparición del derecho que confiere el precepto citado, de modo que no puede estimarse este motivo del recurso y ello con independencia de la repercusión que, dados los términos concretos en que se ha ejercitado la acción en este caso, tenga esa ausencia de idoneidad total del producto en el contenido del derecho y de la indemnización procedente» (FD 2.º; cursiva mía)¹⁷⁴.

¹⁷³ V. la siguiente nota letra c).

¹⁷⁴ A propósito del artículo 11.3 LGDCU, hay otras cuestiones sobre las que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se ha pronunciado:

[61] La antecedente exposición de la doctrina de las Audiencias Provinciales requiere de alguna adicional y breve indicación. La

a) En la expuesta SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres), el vendedor también alegó en el recurso de apelación, que el comprador no había demandado judicialmente dentro del plazo de garantía. La Audiencia Provincial señala que la viabilidad de los derechos del consumidor *no se supedita a la reclamación judicial dentro del plazo de garantía. Basta con que durante dicho plazo se haya manifestado el defecto e intentado la reparación, al margen de que la reclamación judicial se produzca con posterioridad* (FD 3.º). En la misma línea, la SAP Santa Cruz de Tenerife, 3.ª, 23.7.2004 (Pte. Padilla Márquez): «(...) la acción no está prescrita ni caducada (...); y con relación a la aplicación del artículo 11.3 de LGDCU, *si bien no es doctrina pacífica, si es mayoritaria (...), la doctrina que mantiene que la acción de resolución nace cuando las reparaciones efectuadas durante el período de garantía no son satisfactorias o el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado*» (FD 2.º *in fine*); en esta sentencia se había adquirido un vehículo que tuvo defectos, entrando en numerosas ocasiones en el taller para ser reparado y en la actualidad, no podía garantizarse que no volviese a manifestarse, en breve, otro defecto técnico. Y en la SAP Valencia, 2.ª, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) se reitera la doctrina *de que la reparación debe intentarse en el período de garantía, con independencia de que la reclamación judicial tenga lugar con posterioridad* (FD 2.º); también se indica, una vez más, que el artículo 11.3.b) LGDCU *no exige la inhabilitación total o parcial del objeto, sino que basta que el objeto no esté en condiciones óptimas de uso* (FD 3.º); en esta sentencia se conoce de la compra de un automóvil de segunda mano que resultó defectuoso. V. también SAP Huelva, 3.ª, 22.11.2005 (Pte. García Valdecasas y García Valdecasas) *supra* nota 170, e).

b) Sobre el plazo de ejercicio de la resolución del artículo 11.3.b) LGDCU, la SAP Palencia, 31.7.2001 (Pte. Coullat Ariño) señala que es el plazo de quince años del artículo 1964 CC (FD 4.º). En el mismo sentido la SAP Alicante, 7.ª, 14.11.2001 (Pte. Valero Díez; FD 1.º) y la SAP Asturias, 4.ª, 22.2.2000 (FD 2.º *in fine*). V. FENYOY PICÓN (2001) núm. 11, letras e), f), g), pp. 2476-2482.

c) Finalmente, otra cuestión que en diversas ocasiones han tenido que resolver las Audiencias Provinciales, es la de las consecuencias restitutorias y liquidatorias que se derivan de los remedios del artículo 11.3 LGDCU. Así, en la citada SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres) se estimó la alegación del vendedor de que la devolución *total* del precio supondría un *enriquecimiento injusto* del comprador: este estuvo utilizando el vehículo más de cuatro años y recorrió bastantes kilómetros (FD 5.º). En la SAP Valencia, 2.ª, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) se indica que el consumidor pudo pedir, en su día, la sustitución del vehículo, pero no cuando lo exige: esto es, transcurridos tres años y habiendo recorrido diez mil kilómetros desde la adquisición del bien. Por ello, estima que procede la indemnización de daños y perjuicios, cuya proporción prudencial era la del 50% del valor de venta del vehículo (FD 3.º). La SAP Barcelona, 16.ª, 20.11.1998 (Pte. Seguí Puntas) conoce de la compra de un vehículo (en noviembre de 1988) con defectos. El consumidor optó (abril de 1990) por resolver, lo que no se estima en primera instancia. El consumidor recurre y la Audiencia Provincial de Barcelona señala que la inidoneidad del producto no fue total, ni la insatisfacción del consumidor había sido absoluta (pese a la sucesión de las averías, había estado utilizado el vehículo). Según la Audiencia, si la opción por la resolución del contrato era operativa en 1990 (el consumidor la requirió al concesionario, FD 2.º), no lo era en el momento actual, tras ocho años de uso continuado del vehículo y vehículo de diez años de antigüedad. La Audiencia *tiene en cuenta el uso y depreciación del turismo y por ello fija la indemnización (restitución del precio) en un 50% del precio estricto de compra del turismo, teniendo asimismo en cuenta la minoración en el goce del bien sufrida por el consumidor (se había visto precisado a utilizar el vehículo en trayectos cortos)* (FD 4.º). También sobre la incidencia del aprovechamiento del bien obtenido por el consumidor, la SAP Valencia, 7.ª, 10.4.2006 (Pte. Lahoz Rodrigo) FD 1.º (*supra* nota 161). Finalmente, en la SAP Álava, 1.ª, 11.4.2007 (Pte. Guerrero Romeo) se afirma que no procedía la indemnización solicitada por el consumidor, debiéndose tener en cuenta que el sistema de calefacción lo había utilizado aproximadamente durante cuatro años, beneficio que había de valorarse aunque el sistema hubiere causado problemas y que hasta el momento no había sido sustituido (FD 3.º *in fine*; *infra* nota 182). V. FENYOY PICÓN, CCJC (2008) pp. 1322-1327; artículo 21.1 TR.

afirmación de que la resolución del artículo 11.3 LGDCU no requiere que el defecto haga total o parcialmente inútil la cosa entregada hace clara referencia, se ha visto, a la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la resolución del artículo 1124 CC (además de otros remedios) cuando el vendedor entrega un bien inútil o inhábil a las legítimas expectativas del comprador (hay un pleno incumplimiento; un *aliud pro alio*)¹⁷⁵.

Según la práctica de las Audiencias Provinciales, para admitir la resolución del artículo 11.3 LGDCU (contratación con consumidores) basta con que el bien, tras haber sido reparado infructuosamente, no tenga las «condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado», o en algún caso que el *bien sustituto* no tenga tales condiciones¹⁷⁶. Incluso en ocasiones se exige que el bien ha de estar en perfectas condiciones. La obligación del garante se considera como una obligación de resultado. Así, por ejemplo, en las SS AP Santa Cruz de Tenerife, 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez)¹⁷⁷,

¹⁷⁵ El inicio de esta jurisprudencia puede situarse en las SSTs, 1.ª, 12 y 23.3.1982, si bien la genérica idea de que la entrega de una cosa inhábil es un incumplimiento, estaba presente con anterioridad. Sobre esta jurisprudencia, por ejemplo: ORTI VALLEJO (1987) pp. 122-149 (con carácter general pp. 121-217), (1996) pp. 42-51 y (2002) pp. 38-45 (v. pp. 29-51); FENOY PICÓN (1996), pp. 187-200; VERDA Y BEAMONTE (2004), pp. 257-289.

¹⁷⁶ La SAP Valencia, 7.ª, 9.12.2004 (Pte. Lahoz Rodrigo) estima la resolución en relación con el objeto entregado en sustitución del inicial objeto defectuoso (FD 2.º E). Se había adquirido un equipo electrónico que tuvo diversas averías, por lo que vendedor entregó otro, que también tuvo averías.

¹⁷⁷ SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez): «Y olvida en todo caso la demandada que la obligación que tiene respecto a su cliente comprador, tanto por asumirlo contractualmente como por estar prevista en la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 27), es la de proporcionar a éste un producto idóneo para el uso al que está destinado, lo que supone que asume una obligación no de medios, sino de resultados. Como ya tiene declarado esta Sección (entre otras, sentencias de 23-10-99, 5-11-01 y 24-11-02) la obligación del vendedor es la de proporcionar a su cliente un producto en perfecto estado de uso y óptimas condiciones de funcionamiento, a lo que no se opone la disposición mostrada por la demandada ya referida, puesta de manifiesto con su actuación y en la que insiste en el recurso, que guiada siempre por el principio empresarial de máxima satisfacción al cliente ha tratado en todo momento de efectuar la reparación reclamada por éste, haciendo las reparaciones y sustituyendo las piezas que se consideraron podían ser las causantes de los defectos; en realidad y aparte de esa disposición propia de todo buen empresario, tal actuación no solo responde –o no solo debe responder– a criterios de política empresarial o comercial sino que también viene impuesta por explícitos deberes jurídicos vigentes durante el período de garantía que demandan la reparación de todo defecto en el producto, de manera que no puede presentarse como una especie de favor al cliente sino como la consecuencia misma del cumplimiento de una obligación exigible; y esta obligación no se agota con esa disposición y con los intentos de reparación por serios y reiterados que hayan sido, sino que reclama, de conformidad con dicho precepto, una prestación de resultado en el sentido que se confiera al objeto las condiciones óptimas para su destino, de manera que si éstas no se alcanzasen pese a los intentos, la obligación persiste y se extiende hasta el cumplimiento de la opción que conferida al consumidor en el precepto citado. En este caso y como reiteradamente se ha señalado, justificada la existencia del defecto lo que no se ha acreditado es que la reparación haya producido la satisfacción del comprador ni que se hayan alcanzado las condiciones óptimas en el objeto para su destino, sin que dicha obligación se considere definitivamente cumplida con los intentos de reparación y con la sustitución de las piezas, persistiendo pese a ello el defecto que tampoco puede atribuirse al deficiente uso del mismo por el actor» (FD 3.º,

AP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo)¹⁷⁸ y AP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herrerros)¹⁷⁹.

C) *El defecto de menor importancia y la resolución del artículo 11.3 LGDCU*

[62] Conviene también advertir que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no lleva a extremos absolutos la aplicación de la resolución del artículo 11.3 LGDCU. En este punto es de destacar un concepto que se perfila en alguna sentencia y que puede denominarse «defecto menor», «defecto de escasa importancia». Este defecto no permite la resolución, incluso si no puede subsanarse.

Tal es el caso de la SAP Madrid, 9.^a, 12.5.2006 (Pte. Gordillo Álvarez-Valdés), en el que el elevallunas del vehículo era defectuoso y la luna no llegaba a cerrar totalmente la ventana, no evitando que el agua entrase en el habitáculo¹⁸⁰.

cursiva mía). Se había comprado un vehículo que tuvo ruidos en la parte baja y se desplazaba hacia la derecha. En primera instancia se condena a la entrega de un vehículo nuevo o modelo equivalente. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de instancia.

¹⁷⁸ SAP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo): «(...) Por otra parte no puede olvidarse la obligación que el demandado tiene respecto a su cliente comprador, tanto por asumirlo así contractualmente como por estar prevista en la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 27), es la de proporcionar a este un producto idóneo para el uso al que esta destinado, lo que supone que asume una obligación no de medios, sino de resultados es decir, de proporcionar a su cliente un producto en perfecto estado de uso y óptimas condiciones de funcionamiento» (FD 3.º, cursiva mía). Se había adquirido un coche de segunda mano (de diez años de antigüedad y con 93.157 kilómetros recorridos) que tuvo estas averías: «en general se aprecia que el funcionamiento de motor, embrague y caja de cambios es normal, sin embargo se observa un deficiente estado de suspensión, por el mal estado de amortiguadores, deficiente estado de pastillas y discos de las dos ruedas delanteras, que evidencian importante desgaste, no operatividad del termostato por falta de refrigeración, vibración generalidad de la carrocería, ruido por estado defectuoso de correa del alternador, deficiente estado de batería, pasando la solución a los problemas descritos por la sustitución de los amortiguadores, discos y pastillas de frenos delanteros, termostato, tensor de correa del alternador y batería que ascendería a un importe de 800 euros más IVA [el precio de compra fue de 5.710 euros]». El consumidor llevó varias veces el coche al taller; finalmente, lo dejó allí. Ante la no reparación, el consumidor ejercita la resolución, lo que se estima en primera instancia («tratándose de defectos que exceden del uso y que afectan o pueden afectar a la seguridad», FD 3.º). Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial de Zaragoza confirma la sentencia: «toda vez que el coche, dadas sus características y antigüedad, no se encontraba en las condiciones óptimas para circular por defectos existentes al momento de su venta» (FD 3.º *in fine*).

¹⁷⁹ SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herrerros), refiriéndose al fabricante del vehículo: «(...) que en principio tenía obligación de entregar el vehículo objeto de compraventa en perfectas condiciones de servir a su uso, asumiendo el riesgo derivado de que ello no fuera así» (FD 2.º bis; v. en texto [60] [i]); también SAP Badajoz, 3.^a, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores) FD 2.º (*supra* nota 171).

¹⁸⁰ El caso fue el siguiente. El 30 de julio de 2001 se adquirió un vehículo que tuvo distintos defectos. Unos se repararon correctamente (embrague, motor de arranque); otros tenían origen en la falta de mantenimiento o condiciones de uso (no funcionamiento del aire acondicionado, mal cierre del portón, salida de la quinta mancha,

Y asimismo encontramos un caso de defecto menor en la SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso). En este caso, se había sustituido el depósito refrigerante del vehículo (defectuoso) por otro, de un nuevo modelo. El sistema originario –el sustituido– contaba con un indicador de temperatura y del *nivel* del líquido refrigerante que advertía al conductor, incluso antes de arrancar el vehículo, de que estaba bajo el nivel de depósito del líquido refrigerante. El nuevo sistema sólo contaba con un chivato que advertía de la temperatura del líquido, *pero no de la disminución de su nivel* (FD 2.^o). Por esta causa, ni en primera, ni en segunda instancia se admite la resolución suplicada por el consumidor (petición principal); sí, la petición subsidiaria de reparación. La Audiencia Provincial señala, además, que pareciendo imposible la reparación en condiciones de plena identidad, ello debe traducirse, en ejecución, en la prestación por equivalencia (art. 709, 717 LEC)¹⁸¹.

autoencendido y parada del motor al ralentí) (FD 1.^o). El comprador pretendió resolver el contrato porque el elevallunas de la puerta delantera derecha era defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia lo desestima. Recurre el comprador, quien altera la causa de pedir (pide ahora indemnización) y de ahí que la Audiencia Provincial desestime el recurso. En lo que interesa: «(...), invocándose que el vehículo adolece al menos de un defecto de fabricación: el elevallunas de la puerta delantera derecha del vehículo, procede significar que los defectos en dicho elemento fueron puestos de manifiesto tanto en la revisión de [los] 30.000 Kms. (6 de junio de 2002), como en la de los 40.000 Kms. (9 de septiembre de 2002), como en la de [los] 50.000 Kms. (6 de febrero de 2003), o en la de los 60.000 Kms. (9 de junio de 2003), así como que fueron objeto de tratamiento por la demandada como lo demuestra no sólo la comunicación de ésta al Ayuntamiento (...), sino los del propio actor (...). Si bien el Perito judicial aprecia que «la luna de puerta derecha no llega a salir del todo, para poder formar cerramiento y evitar la entrada de agua», ello en modo alguno podría dar lugar, de por sí, a la estimación de la acción ejercitada de devolución del precio pagado pues no sólo en la última revisión de los 75.000 Kms. (el 16 de febrero de 2004), ya no se hizo mención alguna a tal defecto, por lo que, entonces el elemento funcionaría correctamente, debiendo, en caso de volver a aparecer el defecto, de denunciar el mismo para su reparación pues la acción de devolución de lo pagado o la de sustitución del objeto por otro de idénticas características tiene carácter subsidiario respecto de la obligación de reparación, sino que, en todo caso, aun de entenderse que se trata de una reparación infructuosa la realizada, no cabría considerar la pertinencia de la devolución de lo pagado no ya sólo al no apreciarse que «el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado», no constando que por dicho defecto el uso del vehículo hubiere resultado insatisfactorio, sino cuando, en todo caso, la pretensión de la ya tan repetida devolución de lo pagado implicaría un claro enriquecimiento injusto cuando se reclama en base a tal pequeño defecto a tal fin faltando tres meses y diez días para vencer la garantía y el vehículo entonces contaba con más de 75.000 Kms. (el 16 de febrero de 2004), o de 94.000 Kms. (el 25 de octubre de 2004)» (FD 3.^o, cursiva mía).

¹⁸¹ SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso): «Tercero.– (...). La interpretación del artículo 11.3 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (...) permite (...), obtener la devolución sin que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso. Por objeto ha de entenderse el coche en su conjunto y no la pieza concreta. Evidente es que la sustitución permite conducir aquél en condiciones óptimas de funcionamiento, por lo que no cabe admitir la pretensión principal de la adhesión [la resolución del contrato], pero también es evidente que con la nueva pieza pierde una de las prestaciones de la garantía, cual es el sistema electrónico adosado al depósito capaz de detectar en todo momento el nivel del refrigerante se caliente la temperatura o no./ Cuarto.– El conjunto de accesorios o equipamientos de un automóvil, bien se refieran a las condiciones generales de confort, bien a elementos mecánicos (poten-

D) *Reflexiones sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*

[63] Es destacable el hecho de que las Audiencias Provinciales se hayan casi siempre pronunciado a propósito de defectos de vehículos a motor. La jurisprudencia al tener que pronunciarse sobre la entidad de cada defecto alegado ha ponderado su importancia teniendo en cuenta las prestaciones y funciones de este específico objeto y, en concreto, ha considerado si el defecto afectaba a la movilidad o/y comodidad en los desplazamientos.

a) Muchas veces la avería (el defecto) incidía de manera relevante en la utilidad principal del vehículo, la del desplazamiento. Para estos casos graves, y si además no es posible la reparación del defecto, hubiera bastado la jurisprudencia del *aliud pro alio* que permite la resolución. De hecho, en algunas de las sentencias de las Audiencias Provinciales se aplica esta doctrina del *aliud pro alio*, estando presente asimismo la aplicación de la garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU¹⁸².

cia y prestaciones del motor), bien como en el supuesto enjuiciado, a la mayor o menor sofisticación del sistema electrónico, se convierten en signos distintivos de cada marca que atraen al usuario a la elección de un modelo en detrimento de los competidores y dentro del mismo modelo y marca, en definidoras de las distintas gamas del producto, con el consiguiente reflejo en el precio de cada una de ellas, por lo que la pérdida de cualquier accesorio o en este caso la sustitución del accesorio por otro con inferiores niveles de detección eléctrica, aunque ambos permitan el uso con plena seguridad del turismo, obliga a la acogida de la petición subsidiaria y si como parece la reparación de hacer en condiciones de plena identidad fuese imposible, deberá traducirse en ejecución (...) en la prestación por equivalencia conforme a los artículos 709 y 717 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; razones por las que ha de confirmarse en cuanto al fondo la apelada». V. MORALES MORENO (2006) pp. 55-92.

¹⁸² Así la SAP Burgos, 3.^a, 8.4.2002 (Pte. Villímar San Salvador) FD 2.º para el *aliud pro alio* y FD 3.º para el artículo 11.3.b) LGDCU. Se adquirió un vehículo que tuvo unas cien incidencias en el espacio temporal de año y medio, afectando en muchas ocasiones a elementos básicos y esenciales de funcionamiento. Esto había provocado una gran insatisfacción o frustración al comprador; además, no podía afirmarse rotundamente que el vehículo estuviera en condiciones óptimas de cumplir su finalidad. En la SAP Álava, 1.^a, 11.4.2007 (Pte. Guerrero Romeo) se adquirió un sistema de calefacción para instalarlo en la vivienda unifamiliar del consumidor. La bomba de calor se instaló fuera de la casa (en el jardín) y tuvo alguna avería; pero el verdadero problema consistía en que el sistema de calefacción no era adecuado a las bajas temperaturas exteriores de la zona [Vitoria; el agua se congelaba y para evitarlo debía tenerse encendido el sistema todo el día, con el incremento de gasto energético (mayor coste de mantenimiento) e incomodidades (el consumidor no podía apagarlo cuando se ausentaba del domicilio)]. El consumidor adquirió el sistema porque así se lo recomendó el vendedor (responsable de la elección; FD 1.º *in fine*). La Audiencia Provincial estima la resolución ejercitada por el consumidor (no admitida en primera instancia). *Aplica la jurisprudencia del incumplimiento por inhabilidad del bien* (FD 2.º): «Frente al criterio de la Juez «a quo» que aduce el principio de conservación de los efectos del contrato, hemos de señalar de que no se trata de que la cosa resulte absoluta y materialmente inservible para el uso a que se la destina, sino que es suficiente que su función se vea alterada de forma relevante y las prestaciones que de la misma se esperan incidan en aspectos esenciales de su uso o disfrute, y en este sentido, es innegable que la obligación de dejar encendido el aparato durante las veinticuatro horas del día y durante prácticamente toda la temporada invernal, con el gasto que ello conlleva, y la preocupa-

b) En otras ocasiones el vehículo permitía el desplazamiento pero de forma incómoda (en mayor o menor medida); o había de acudir frecuentemente al taller para reparaciones distintas y sucesivas; o habiéndose reparado, el hecho de que el motor se hubiera desmontado en varios ocasiones para su reparación, conllevaba un acortamiento de la vida útil potencial del vehículo¹⁸³; o en el futuro, el vehículo dará problemas¹⁸⁴; etc. Pensando en estos

ción de dejar el aparato encendido cuando los propietarios se ausentan varios días de la vivienda, generaban una inhabilidad contundente en relación con el producto» (FD 2.º). También aplica el artículo 11.3.b) LGDCU (FD 2.º). No estima la petición indemnizatoria [*supra* nota 174, c)]. V. también SAP Asturias, 4.ª, 22.2.2000 (Pte. Álvarez Sánchez; FD 2.º y 5.º) y SAP Girona, 2.ª, 18.5.2007 (Pte. Rey Huidobro) [*supra* nota 170.b)].

Pese a no aplicar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tiene interés la SAP Palencia, 14.7.1998 (Pte. Muñiz Delgado), que califica la entrega de un coche de distinto color del pactado (rojo, en lugar de plateado o verde) como un *aliud pro alio*, pudiendo resolver el comprador.

183 Es el caso de la SAP Cantabria, 2.ª, 4.11.2002 (Pte. Següillo Tejerina) que estima la resolución ejercitada por consumidor: «Entre los hechos que se tienen por probados se destacan: (...) / El defecto que tenía el vehículo afectaba a la válvula de recirculación de gases de escape, cuyo mal funcionamiento provocaba tirones y parada del motor. Se trata de un defecto de fábrica que no fue detectado hasta la última de las ocasiones precitadas en que se llevó el coche al taller; previamente el motor fue desmontado varias veces a fin de detectar el problema del vehículo. Una vez reparado, no tiene por qué padecer nuevas averías el vehículo; *no obstante, el desmontaje reiterado del motor va a producir una disminución de la vida útil del automóvil.* (...) , quien manifiesta que se trata de un defecto de fábrica; *que en el futuro pudieran presentarse desajustes en los elementos del motor por haber sido desmontados; (...), se manifiesta la posibilidad de problemas futuros del vehículo; no pudiendo prever los fallos que pudieran ocasionarse en el futuro, se ratifica el perito en que la vida útil del vehículo ha disminuido tras las reparaciones a que ha sido sometido»* (FD 2.º, cursiva mía). En el FD 3.º: «(...) / Aunque el vehículo ha venido usándose desde su adquisición y una vez arreglado puede funcionar normalmente, *se considera elemento decisivo para determinar la cuestión la disminución de la vida útil del vehículo afirmada y ratificada por la perito actuante (...).* / En el presente caso, no se trata sólo de que el bien adquirido haya sufrido de forma reiterada un problema –cuyos efectos afectan a la comodidad de sus usuarios pero podría tener consecuencias en otros aspectos como la seguridad, propia y de terceros, en el tráfico rodado ante los imprevisibles efectos que una marcha con tirones o una parada inesperada pueda producir en el ámbito de la circulación– y que la actora se haya visto privada durante un período importante del uso del mismo –precisamente en los primeros meses de su vida útil, cuando aparentemente mayores han de ser las prestaciones de un vehículo con todas sus piezas y maquinaria nueva, no desgastada por el uso o el paso de tiempo–, *sino que además el continuo paso por el taller, las operaciones de desmontaje de las piezas del motor han influido con total seguridad (según la perito actuante) en la duración futura del vehículo, disminuyéndola, y son susceptibles de causar problemas en el futuro, lo que (pese a la imposibilidad de concretar en qué momento o forma se manifestará en su día) constituye un plus de inseguridad y falta de fiabilidad en el rendimiento del vehículo y una falta de cumplimiento en debida forma de las prestaciones que han de esperarse de un vehículo que se encuentra en período de garantía, frustrándose las legítimas expectativas de quien realiza un desembolso económico importante para la adquisición de un vehículo que le ofrece unas determinadas prestaciones entre las que se encuentra el período durante el cual podrá hacer uso del mismo.* / (...), cabe concluir que el vehículo adquirido (...) no ha venido cumpliendo y, fundamentalmente, no existe previsión de que en el futuro cumpla en debida forma con el nivel de prestaciones que originó su compra, lo que conlleva la estimación de la demanda y del recurso formulado, al reconocerse el derecho de la misma a que le sea entregado otro vehículo de idénticas características o, en su defecto, su valor económico» (cursiva mía).

¹⁸⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez): «(...) , pese a que siga ignorándose la verdadera naturaleza y alcance de la avería que motiva los ruidos

últimos casos y en otros posibles –más o menos graves– es en los que puede encontrarse la justificación de que para resolver la compraventa con fundamento en el artículo 11.3 LGDCU basta que el bien no reúna las condiciones óptimas (cfr. art. 8.1 y 11.1 LGDCU). Hoy a un automóvil (y a cualquier bien) se le exige que tenga ciertas prestaciones y calidad y, un determinado nivel de confort y comodidad. Por eso el garante ha de entregar el bien en perfectas condiciones (obligación de resultado).

Conociéndose que para la compraventa civil (y para la mercantil) existe la jurisprudencia del *aliud pro alio*, puede entenderse la insistencia de las Audiencias Provinciales en marcar la diferencia: en la contratación con consumidores es suficiente para resolver con que el bien no tenga las condiciones óptimas de uso¹⁸⁵. Insistencia que muy probablemente tenga origen en las alegaciones del demandado: el vendedor o/y fabricante suele argumentar para evitar la estimación de la resolución, que el objeto no es totalmente inservible o inhábil o inútil. Esto, aparte de que el propio tenor literal del artículo 11.3 LGDCU establece, indirectamente, el requisito de que el bien ha de tener unas condiciones óptimas de uso.

en la parte baja del vehículo y su desplazamiento hacia la derecha, y por tanto si se trata de una anomalía grave o no, «con certeza» en un futuro dicho incidente va a dar problemas, afirmando dicho perito que no podría certificar que el coche no va a tener algún incidente, ya que el ruido y la oscilación indican que algo no funciona correctamente. (...)» (FD 4.º *in fine*; cursiva mía; *supra* nota 177).

¹⁸⁵ Otro ejemplo más, si bien se condenó al pago de los gastos de reparación (FD 4.º), es la SAP Asturias, 5.ª, 13.2.1998 (Pte. Lucas Gil). En ella, se destaca que el coche adquirido puede utilizarse, pero su funcionamiento es imperfecto. Al no ser el vehículo totalmente inhábil, no se califica la entrega de *aliud pro alio* y no procede la resolución. Pero, el vendedor responde de la idoneidad del vehículo *según sus características y condiciones* (art. 11 LGDCU). Según la Audiencia: «(...) presentó, desde el primer momento defectos en su funcionamiento que no pudieron ser corregidos con las diversas reparaciones mencionadas (...), que si bien el vehículo puede ser utilizado, conforme a su destino, su funcionamiento es imperfecto y esas incorrecciones en el funcionamiento, susceptibles de corregir mediante las oportunas modificaciones técnicas, pueden producir desgastes y consumos superiores al normal para un vehículo de ese tipo y características y traer como resultado averías inesperadas. Aparte de ello, cabe añadir la creciente insatisfacción de quien elige un vehículo de determinada marca y tipo confiando en las características anunciadas» (FD 2.º, cursiva mía). En el FD 3.º: «Con base en estos datos fácticos es indudable la improcedencia de la (...) [resolución del contrato] (...), puesto que, no habiéndose acreditado un incumplimiento grave, la entrega de una cosa totalmente inservible para el uso a la que se destina –«un aliud pro alio» no cabe pretender con base en el artículo 1124 del CC la resolución del contrato, a cambio de la devolución del precio con sus intereses, un coche con más de cuatro años de uso./ Pero, es también indudable la obligación solidaria que alcanza al vendedor, fabricante e importador de productos defectuosos frente al usuario o consumidor final de responder de su idoneidad de acuerdo con las características y condiciones del objeto vendido, debiendo asumir la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, conforme al artículo 11 de la Ley 26/1984. (...) / El problema para la aplicación en el caso enjuiciado, de estas normas resarcitorias [arts. 25 y 28.2] lo plantea la necesaria observancia del principio de congruencia, que impide al juzgador condenar a prestaciones distintas de las pedidas».

Es interesante para la reflexión que acabo de hacer, la SAP A Coruña, 3.^a, 16.12.2005 (Pte. Fernández-Porto García). Se había adquirido un vehículo que tuvo distintos defectos. El consumidor ejercita la resolución, lo que se estima. Recurren el vendedor y el fabricante. El vendedor alega (motivo único) que los fallos del vehículo *no eran en elementos vitales, no haciendo inservible el vehículo para la circulación; señala que se trata de meras incomodidades y no de inutilidad*. Se desestima el recurso. Según la Audiencia Provincial, *los conceptos de incomodidad y de inutilidad son conceptos indeterminados que encierran gran carga «de subjetividad. Lo que para un conductor o usuario puede ser meramente incómodo, para otro puede constituir la falta de una prestación elemental, hasta el punto de rechazar el uso del vehículo»* (FD 5.º, cursiva mía). La Audiencia diferencia los fallos relativos a meras incomodidades y los que afectan a la seguridad del vehículo (FD 5.º).

Son meras incomodidades:

1. Que el indicador del nivel de aceite no funcione (puede comprobarse haciéndose calas manuales);
2. Que el cierre centralizado no funcione (las puertas se pueden cerrar manualmente);
3. Que la pantalla multifunción dé mensajes erróneos puede ser más o menos molesto, si bien puede rozar la inutilidad, si los mensajes son que las puertas están abiertas y no lo están o que no se usa el cinturón de seguridad y sí se usa, pues ello puede afectar a la seguridad, por desviar la atención del consumidor sobre algo inexistente;
4. Que el aparato de sonido no pueda utilizarse por los sonidos agudos de fondo que son insoportables, es mera incomodidad (se priva de ese elemento al consumidor). (FD 5.º).

Afecta a la seguridad:

1. El que no pueda regularse los espejos retrovisores exteriores, ni mediante sistema electrónico, ni manualmente. Es obligatorio el espejo retrovisor izquierdo; puede serlo el derecho, si la ocupación interior del vehículo impide utilizar el espejo interior y es muy útil su uso cuando se va por vías de varios carriles en ambos sentidos. «La inutilidad de los espejos, al no poder ser orientados convenientemente, convierten la conducción (...) en actividad altamente peligrosa» (FD 5.º).
2. La ausencia de luces antiniebla, máxime en Galicia.
3. El sistema de climatización, si puede «producir temperaturas interiores insoportables, hasta el punto de quemarse partes plásticas». (FD 5.º).

Según la Audiencia Provincial:

«Tales defectos, tanto en lo que afectan a la comodidad, como a la seguridad, conjuntamente, convierten el vehículo vendido en un elemento de transporte altamente peligroso, irritantemente incómodo para los usuarios, y que puede generar en el conductor una

peligrosa sensación de inseguridad, al no confiar que los mecanismos vayan a funcionar correctamente. *El hecho de que la parte mecánica no presente problemas no es bastante para considerarlo útil para circular. Un turismo es bastante más que un motor, unas ruedas, un volante, amortiguación o frenos. Hoy hay prestaciones de seguridad activa o pasiva que se consideran elementales e irrenunciables; o prestaciones de mera comodidad que se configuran como básicas para el usuario medio.* Por lo que se considera correcta la conclusión de la resolución apelada relativa a que los defectos que presenta el automóvil litigioso, *apreciados en su conjunto*, son de tal entidad que lo convierten en inútil para el fin perseguido: circular por la vía pública en unas condiciones que hoy se consideran como mínimas de seguridad activa y pasiva» (FD 5.º; v. también FD 10.º para el recurso del fabricante; cursiva mía).

[64] Tras esta exposición sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hemos de preguntarnos: ¿por qué se facilita la resolución en la compraventa de consumo? Primero, porque hemos dado al vendedor la oportunidad de cumplir su obligación. Segundo, para facilitar al consumidor la recuperación de los recursos que invirtió en la compraventa o para permitirle realizar la operación de reemplazo (el consumidor suele perseguir una inmediata satisfacción de su interés).

2. LA RESOLUCIÓN CONFORME AL Artículo 121 TR

2.1 EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR

[65] El supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR se caracteriza por ser un remedio que puede ejercitarse tras el intento de cumplimiento del vendedor y que tiene un amplio alcance. Voy a detenerme en estas dos características.

[66] *La jerarquía en los remedios.*— Descubierta la falta de conformidad, el Texto Refundido *dirige* el camino que el consumidor y el vendedor han de seguir.

En primer lugar, debe intentarse el cumplimiento (*in natura*) de la obligación del vendedor de entregar un producto¹⁸⁶ conforme al contrato (art. 114 TR), sea reparándolo o sustituyéndolo (art. 119.1 TR). Puede suceder que el cumplimiento no sea posible porque la

¹⁸⁶ La Ley de Garantías de 2003 empleaba el término *bien*, siendo su ámbito objetivo de aplicación los bienes muebles corporales (art. 1.II derogada LG). El Texto Refundido cambia el término bien por el de *producto*, que probablemente se haya tomado de la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (DD única TR). El artículo 6 TR regula el concepto de producto; v. también artículo 136 TR.

técnica o/y la ciencia, o la ley, no permitan lograr la subsanación. Tampoco puede el consumidor exigir el cumplimiento si su coste resulta desproporcionado (art. 119 TR)¹⁸⁷. En estos casos no ha de pasarse por el cumplimiento y puede irse directamente a la resolución (pero estarán los problemas de la prueba en cuanto a la no disponibilidad del remedio del cumplimiento). Tratándose de un producto que no es fungible o de un producto de segunda mano el consumidor no puede elegir la sustitución [art. 120.g) TR].

Siendo factible el cumplimiento, este ha de ejecutarse gratuitamente, en plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor [art. 120, a) y b) TR]. Si el vendedor no aprovecha la oportunidad de cumplir, el consumidor puede resolver (otra alternativa es quedarse con el producto y reducir el precio: artículo 121 TR; cfr. artículo 122 TR; o volver a exigir el cumplimiento: Artículo 120, d) y f) TR).

[i] La SAP Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán), de la que posteriormente doy cuenta (*infra* [77] y [78]), es ilustrativa para la descripción del sistema de remedios por la falta de conformidad. Aplica la derogada Ley de Garantías de 2003. El caso fue el siguiente. El consumidor había comprado un vehículo a motor que tuvo diversos defectos, demandando al vendedor y al fabricante. En primera instancia se declara resuelto el contrato¹⁸⁸. El demandante y los demandados recurren. El fabricante alega falta de legitimación pasiva *ad causam*. La Audiencia Provincial lo desestima y afirma su responsabilidad directa. Según la Audiencia:

«(...). De acuerdo con el nuevo sistema [de la Ley de Garantías] la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, dando lugar a la aplicación de un sistema articulado de remedios que puede ejercitar el consumidor, pero sujetos a una ordenación jerárquica de los mismos. Así se da preferencia a los que suponen un cumplimiento específico de la prestación debida: reparación y sustitución del bien, frente a los remedios que implican un cumplimiento por equivalencia o la desaparición del contrato: rebaja del precio y resolución contractual. Por otro lado, el comprador cualquiera que sea el remedio elegido

¹⁸⁷ El artículo 119.2.II TR no lo contenía el derogado artículo 5.2 LG (*Reparación y sustitución del bien*). Este nuevo párrafo II responde al Considerando (11) de la Directiva 1999/44: «Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse de forma objetiva si esta forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una forma de saneamiento deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra;» (cursiva mía).

¹⁸⁸ SAP Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán): «Es correcta, por tanto la opción desplegada por el actor [consumidor] en la elección de ese sistema articulado y jerarquizado de remedios que prevé la tan comentada Ley de Garantías. De ahí que dada la inviabilidad de la reparación y de la sustitución, por los motivos indicados, se optara subsidiariamente por la resolución contractual» (FD 4.º).

tiene derecho a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad» (FD 2.º; cursiva mía)¹⁸⁹.

[67] *La falta de conformidad de escasa importancia.*— La resolución del artículo 121 TR no un remedio de carácter absoluto; está el límite de la falta de conformidad de escasa importancia. Con base en ella, el consumidor no puede resolver el contrato. Desde la perspectiva contraria, la regla del artículo 121 TR significa que el vendedor mantiene el contrato en los casos en que el producto adolece de defectos pequeños, nimios, sin importancia o apenas perceptibles, siempre que el interés contractual del consumidor sea satisfecho. La falta de conformidad de escasa importancia es un tipo de anomalía cualitativa, ante la cual el consumidor, a lo más, podrá ejercitar la reducción del precio (arts. 121, 122 TR).

En nuestro Derecho, esta regla no es novedosa:

a) Se ha visto que las Audiencias Provinciales la han aplicado para excluir la resolución del artículo 11.3 LGDCU (*supra* [62]).

b) A propósito del saneamiento por vicios ocultos, figura no lejana a los temas que tratamos, se ha afirmado que aquél no opera en los vicios de pequeña importancia. Ahora bien, en el saneamiento, el defecto de pequeña importancia excluye los remedios de la redhibición y de la reducción del precio (supuesto de hecho unitario según ley)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ En esta SAP Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán) también se destaca el carácter objetivo del sistema de remedios por falta de conformidad de la Ley de Garantías de 2003: «Sentado lo anterior, estimamos de acuerdo con la citada Ley de Garantías que tanto el vendedor como el productor son responsables directos frente al consumidor. *Su responsabilidad es objetiva* y por tanto quedan asimismo obligados al saneamiento de defectos que pueden ser imputables a otros intervinientes en la correspondiente cadena o proceso de producción, distribución y comercialización. De ahí que el artículo 10 en su párrafo 4 regule la denominada acción de repetición o reembolso de lo pagado al consumidor. (...) *En definitiva la Ley de Garantías establece una mayor protección de los derechos del consumidor, pues básicamente se aleja de manera evidente de la idea de la responsabilidad basada en la culpa o negligencia, otorgando plena relevancia a la responsabilidad objetiva, (...)*» (FD 2.º). Y en el FD 3.º: «(...) Téngase en cuenta, como antes decíamos que, en definitiva, *esta Ley de Garantías introduce en beneficio y protección a ultranza del consumidor un principio de responsabilidad objetiva del vendedor y productor del bien por incumplimiento de cualquier obligación con independencia de que la causa de imputación corresponda o no al deudor*, dejando a salvo el correspondiente derecho de repetición o reembolso previsto en el apartado 4 del artículo 10 de la citada Ley» (cursivas mías).

¹⁹⁰ Sobre el supuesto de hecho unitario del saneamiento por vicios ocultos, *infra* [91] y nota 225. Sobre los vicios de poca entidad, PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER señalan: «f) En el supuesto de ser los vicios de pequeña importancia, no procede la redhibición ni la reducción de conformidad con la buena fe (art. 1258). De *minimis non curat Pretor*» [(1935) p. 57]. Sobre la gravedad del vicio oculto, SERRANO CHAMORRO, *supra* [16], b) y nota 39. V. SAP de Pontevedra, 1.ª, 17.4.2007.

En Derecho romano: D. 21.1.1.8 (Ulpiano; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I): «Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio ó enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar à la redhibición, con tal que hayamos tenido presente, *que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo ó defectuoso*. Por lo tanto una ligera calenturilla, ó una cuartana antigua, pero que sin embargo puede ya despreciarse, ó una pequeña herida, no contiene en sí ninguna culpa, porque no se haya declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse y así por ejemplo expresamos quienes se dicen enfermos ó defectuosos» (cursiva mía). También D. 18.1.54 [Paulo; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I]: «La cosa vendida de buena fé no debe declararse como no comprada por levisima causa».

Citando D. 21.1.1.8, SCAEVOLA destaca, para los artículos 1484 ss. CC, que por algo nimio no responde el vendedor: «Son, como se ve, dos conceptos distintos: uno, el de no poder aplicarse la cosa al fin á que se la destina; otro, el de no poder obtenerse de ella toda su utilidad. Conceptos ambos condicionados á su vez por la necesidad de que los defectos sean tales que, de haberlos conocido el comprador, ó no habría comprado la cosa, ó habría pagado un precio inferior./ (...) Resulta, por otra parte, de la expresión del Código, que cuando la cosa sea apta para el fin «Á que se la destina», ó mejor dicho, «á que debe normalmente destinársela», pero este fin no puede conseguirse en su totalidad, es indispensable, para que el saneamiento se produzca, que el uso disminuya de tal modo, que de haber conocido el comprador el vicio, no hubiera celebrado el contrato en los términos en que lo ultimó. Lo cual acusa que la pérdida de utilidad ha de ser de alguna consideración, capaz de inducir al comprador à la no celebración del contrato tal y como se hizo; y significa que, de otra suerte, ó sea por diferencias de escasa entidad no tendrá lugar el saneamiento. Doctrina muy justa, consignada ya en el & 8.º de la *ley 1.º, título I, libro XXI del Digesto*, según la cual, si hubiera algún vicio ó enfermedad que impidan el uso y el servicio del hombre, dará lugar á la redhibición con tal que tengamos presente que las cosas muy leves no hacen ciertamente que sea considerado enfermo ó defectuoso; y que, por lo tanto, una ligera calentura, ó una cuartana antigua, pero que sin embargo puede ya despreciarse, ó una pequeña herida, no contienen en sí culpa porque no se hayan declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse./ Resulta, en todo caso, que la determinación de cuáles sean los defectos ocultos que dan lugar al saneamiento no puede ser hecha específicamente dentro de los límites de un precepto legal, puesto que depende, sobre todo, de la intención del vendedor y comprador en el momento de la venta, en orden á la importancia de dichos defectos» [(1906) pp. 608-609]. V. *infra* [91] y nota 225.

Sobre el término «minor» del artículo 3.6 de la Directiva 1999/44, SIVESAND apunta que el derogado § 459.I.1 BGB (según el cual, en los vicios ocultos, una insignificante disminución en el valor ó utilidad del bien no ha de tomarse en cuenta) puede ayudar en la interpretación de aquél: «German law might provide some useful insights here. Before the reform of the law of obligations in Germany, *all remedies from non-conformity were excluded if the non-conformity was minor* (§ 459 BGB, old version). *Legal literature and case law concerning this provision may therefore be used to interpret the meaning of the new rule. Accordingly, it must be determined in each individual case how the value or the usability is influenced by the lack of conformity in question. Concerning the value of the goods*, the following case provides a good example./ A property was sold for 4 million DM. The buyer later complained of vermin in the attic of the house. The cost for decontamination amounted to 6.500 DM. This constituted only 1.63% of the purchase price, and the non-conformity was therefore regarded as minor./ *If usability is profoundly affected, the criteria are fulfilled even if the lack of conformity only represents a marginal reduction in value. A fact speaking against more than a minor lack of conformity is when usability can be restored through minimal efforts. Conversely, an it itself unimportant lack of conformity will become non-minor if it is difficult to cure. This is however not always the case: non-curable defects have on occasion also been regarded as minor, especially where the contract concerned the sale of a car. For instance, the fact that fuel consumption was 10% higher than indicated, or that the catalyst produced an unpleasant smell, have both been regarded as constituting minor lacks of conformity. However, in another case decided by an appellate court, it was decided that the fact that the maximum speed was over 5% lower than indicated by the producer did not constitute a minor lack of conformity./ In this case the maximum speed was said to be 172 km/h, whereas the actual maximum speed was 161 km/h, a difference of 6.3%. The court expressed the view that: «Long distance travelling at high speed, up to the maximum speed, is part of the natural use of a vehicle, even if*

Por tratarse la falta de conformidad de un concepto indeterminado, está el problema de su puesta en práctica en tanto no se disponga de asentadas líneas judiciales. En mi opinión, la concreción de la escasa importancia debe hacerse a partir del contrato y con la consideración de que interviene un consumidor. De este modo, algo que puede considerarse en sí mismo de poca entidad, podrá no serlo desde la perspectiva del contrato celebrado, justificando la disponibilidad de la resolución. Si del contrato nada puede extraerse, la práctica habitual puede ofrecer alguna pauta. Y digo que puede ofrecer, porque la construcción del sistema de remedios por la falta de conformidad del Texto Refundido es que si el cumplimiento del contrato no tiene éxito, entonces, junto con la reducción del precio, se encuentra el remedio de la resolución, con la excepción analizada. Por todo ello, en los casos dudosos o de difícil calificación, considero que la falta de conformidad ha de calificarse de «no» escasa importancia, con la consecuente posibilidad de la resolución¹⁹¹. En esto se reconoce un alto nivel en la protección del consumidor.

this is questionable from an economic or environmental point of view». Moreover, the court was the opinion that failure to reach the indicated maximum speed often leads to a loss of value in new cars. Therefore, the lack of conformity was not regarded as minor and the buyer was granted termination of the contract. It is interesting to note that the car had already been repaired by the seller to mend the effects of storm damage and of a collision big game. The buyer had also complained of damage to the car's paint. One cannot help wondering whether these were not the true reasons behind the buyer's desire to terminate» [(2005) pp. 147-148; cursiva mía; cfr. con los PEL S *supra* [41]].

¹⁹¹ Distinta opinión sostiene BALDUS para el Derecho alemán: «(...) en la duda, un incumplimiento ha de verse como irrelevante, porque apartar la resolución permite conservar el contrato y, por tanto, la autovinculación en uso de la autonomía privada [(2006) p. 1633; v. pp. 1631-1633, 1613-1614]. Ha de tenerse en cuenta que el diseño de la regulación de la compraventa alemana difiere notablemente de la del Derecho español. En el BGB hay una regulación general de la compraventa (§§ 433-453) y ciertas normas específicas y complementarias para la venta de consumo [§§ 474-479; §§ 13 y 14 para las definiciones de consumidor y empresario; EBERS (2006-A) pp. 229-238]. El § 437 BGB, aplicable con un carácter general a la compraventa, enumera los derechos del comprador por los vicios de la cosa y en lo que interesa, preceptúa que el comprador puede resolver el contrato de acuerdo con el § 323 BGB. El § 323.V.2 BGB, de un carácter más general que el del § 437 BGB, señala que si el deudor no ejecuta la prestación de acuerdo con el contrato, *el acreedor no puede resolver si la violación del deber es irrelevante* (cfr. al art. 3.6 Directiva 1999/44; esta irrelevancia también está presente en el § 281.I.3 BGB para la indemnización). En la determinación del significado de § 323.V.2 BGB se discute si debe establecerse de acuerdo con el derogado § 459.I.2 BGB, que establecía en relación con los vicios de la cosa que no había de tomarse en cuenta una disminución insignificante del valor o de la aptitud de la cosa (cfr. *supra*, Sivesand, en la nota que precede a ésta), o si el umbral de la irrelevancia del § 323.V.2 BGB está por encima de aquél; se ha defendido que procede analizar globalmente la situación (tener en cuenta todos los intereses implicados) y constatar que la resolución es medida adecuada de solución en el caso (lo que justifica la liberación) [LOOSCHELDERS (2008) núm. 708 pp. 230-231 remitiéndose al núm. 628 p. 205; ERNST (2003) núm. 243 p. 2018]. Esta causa de exclusión del § 323.V.2 BGB no opera en la reducción del precio [§ 441.I.2 BGB]. Por otro lado, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON señalan que la exclusión de la resolución del § 323.V.2 BGB dependerá de las circunstancias del concreto caso y que es probable que el criterio que haya de aplicarse sea conside-

2.2 EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR

[68] La solución adoptada por el legislador es una solución de equilibrio: por un lado se protege al consumidor ampliando el supuesto de hecho de la resolución y por otro se protege al vendedor, estableciendo un sistema jerarquizado de remedios.

A mi parecer, las razones que expuse como justificadoras del amplio supuesto de hecho de la resolución del artículo 11.3 LGDCU (*supra* [64]) son las que también latén en la resolución del artículo 121 TR. Es decir, al consumidor se le facilita la salida del contrato porque, cuando puede disponer del remedio de la resolución, el vendedor ya ha contado con la posibilidad de cumplir (siendo posible y no desproporcionado). Y porque facilitar al consumidor la posibilidad de la resolución supone permitirle recuperar los recursos que invirtió en el contrato o facilitarle la realización de una operación de reemplazo; pues el consumidor suele perseguir una satisfacción inmediata. El fin de la alta protección del consumidor está aquí presente.

2.3 LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES EN TORNO AL ARTÍCULO 7 LG (VIGENTE ART. 121 TR)

[69] Las Audiencias Provinciales han aplicado ya el artículo 7 LG, idéntico al artículo 121 TR. Se advierte que esta nueva jurisprudencia no toma en cuenta la asentada construcción diseñada en torno a la resolución del artículo 11.3 LGDCU, en su claro intento de diferenciarse del *aliud pro alio* (art. 1124 CC); esto es: que la resolución del artículo 11.3 LGDCU no exige esa especial gravedad en el incumplimiento, que la jurisprudencia requiere en el *aliud pro alio* y el artículo 1124 CC. Lo cual no parece deseable, pues, admitiendo las diferencias existentes entre los textos jurídicos aplicados (arts. 11.3 LGDCU y 121 TR), ambos comparten ciertos aspectos en la protección del consumidor. En ambos, *la resolución es remedio de segundo grado y se amplía el campo de aplicación de su supuesto de hecho*. Este olvido puede encerrar un *potencial riesgo*: que de manera progresiva pudiera interpretarse la falta de conformidad de escasa importancia (la falta de conformidad de no

rablemente menos estricto, que aquéllos que se aplican al incumplimiento esencial de la CISG [(2006) pp. 508-509].

Más allá del § 323.V.2 BGB, ZIMMERMANN informa de posibles problemas de ajuste del Derecho alemán con la Directiva 1999/44 y destaca el problema metodológico de, hasta que punto las normas alemanas han de interpretarse de conformidad con la Directiva 1999/44; esto es, solo para las compraventas de consumo o también para otro tipo de ventas [(2008) pp. 121-122, también nota 193; p. 109 también nota 121]. En la misma línea, MARKESINIS/UNBERATH/JONHSON (2006) pp. 516-517.

escasa importancia) conforme al modelo jurisprudencial construido para el *aliud pro alio* y el artículo 1124 CC. Sería mejor utilizar las líneas desenvueltas por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la aplicación del artículo 11.3 LGDCU. Cuestiones jurídicas que pueda plantear la aplicación del artículo 121 TR, han podido ser tratadas por las Audiencias Provinciales a propósito del artículo 11.3 LGDCU.

[70] Pero antes de que proceda al concreto análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, conviene que realice esta genérica caracterización:

a) En algunas sentencias, no empleándose el lenguaje y la doctrina judicial construida en torno al 11.3 LGDCU, de alguna manera puede percibirse cierta reminiscencia *en el sentido* de que se señala que el bien no tiene el nivel de confort exigible o no se entregó en perfectas condiciones (funcionales y estéticas)¹⁹².

b) En otras ocasiones, *sumado* a la Ley de Garantías (Texto Refundido), aparece la jurisprudencia del *aliud pro alio* (art. 1124 CC)¹⁹³. Hay casos en los que fracasa el intento de cumplimiento del vendedor y el bien es total o substancialmente inútil; esto es, el supuesto encaja directamente en la doctrina del *aliud pro alio*. Lo mismo ocurría en la aplicación del artículo 11.3 LGDCU. Hay una aplicación conjunta de normas que conducen al mismo resultado, la resolución del contrato.

c) Finalmente, he localizado una sentencia, que en la aplicación de la resolución del artículo 7 LG, utiliza el lenguaje que el Tribunal Supremo frecuentemente emplea en la resolución del artículo 1124 CC: la del «verdadero y propio incumplimiento»; la de que se ha «frustrado el fin del contrato»¹⁹⁴. Y en otra sentencia puede leerse, que es requisito de la resolución del artículo 7 LG, «que la falta de conformidad afecte a un aspecto sustancial de la cosa entregada que no sea de escasa importancia»¹⁹⁵. En ambas sentencias hay una aproximación terminológica de la resolución por falta de conformidad de la Ley de Garantías (Texto Refundido) a la del CC y, como he dicho, evidencia ese posible riesgo de que la resolución de la Ley de Garantías (Texto Refundido) pudiera acercarse al modelo jurisprudencial del *aliud pro alio*.

¹⁹² SAP Zaragoza, 4.ª, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña), SAP A Coruña, 5.ª, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez), SAP Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán).

¹⁹³ SAP Pontevedra, 1.ª, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González).

¹⁹⁴ SAP Salamanca, 1.ª, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego). También está presente la frustración del contrato en la SAP A Coruña, 5.ª, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez).

¹⁹⁵ SAP Granada, 4.ª, 3.10.2007 (Pte. Ruiz-Rico Ruiz) FD 1.º *in fine*.

[71] A continuación expongo en detalle las sentencias de las Audiencias Provinciales que han aplicado el artículo 7 LG. Las he clasificado en función de que estimen o desestimen la resolución ejercitada por el consumidor.

A) *Sentencias que estiman la resolución*

A.1 SAP de Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)

[72] *Caso.*— El 25 de enero de 2005, el consumidor adquirió un coche nuevo. Cuando accionaba el pedal del embrague se producía un ruido molesto, que provocaba una sensación extraña; también se producía cierta vibración. Todo ello afectaba al confort del coche, pero no a su seguridad, ni a su funcionamiento. El vendedor intentó la reparación; pero no lo consiguió. El Juzgado de Primera Instancia considera no adecuada la resolución ejercitada por el consumidor y condena al vendedor a la reparación. Ambas partes –vendedor y consumidor– recurren.

En su recurso, el consumidor reclama la resolución; subsidiariamente, la sustitución del vehículo por otro nuevo de las mismas características. El vendedor pide la desestimación, *alegando la levedad o intrascendencia de la falta de conformidad*. La Audiencia Provincial declara la resolución y desestima el recurso del vendedor.

[73] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia entiende que las deficiencias del vehículo constituyen una falta de conformidad por no cumplirse el requisito del artículo 2.1.d) LG (*sic*, art. 3 LG; art. 116.1.d) TR); esto es, el vehículo no tiene la calidad, ni las prestaciones habituales a tal tipo de bien¹⁹⁶. Señala que el comprador inicialmente optó por la reparación, pero la deficiencia resultó irresoluble; es entonces cuando el consumidor opta por la resolución, a lo que tiene derecho por *no* tratarse de una falta de conformidad de escasa importancia (art. 7 LG). *La deficiencia del vehículo incide muy negativamente en el nivel de confort de un vehículo nuevo de la categoría del adquirido* (Laguna Berlina, Renault). Y tal deficiencia no ha de soportarla el consumidor. Procede la resolución. (FD 3.º)

A.2 SAP A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez)

¹⁹⁶ En concreto: no «presenta la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo en cuanto al referido mecanismo de embrague, que no tiene por qué producir ruido mecánico ni vibración cada vez que se usa, afectando con ello negativamente la confortabilidad en el uso de un vehículo automóvil nuevo» (FD 2.º).

[74] *Caso*.– El consumidor adquirió unos muebles (conjunto modular de vitrinas, mesa, cuatro sofás y demás) que se instalaron en su vivienda a principios de septiembre de 2004. A los pocos días, aquél señala su disconformidad con los muebles y el vendedor procede a sustituirlos, por otros. Los muebles suministrados esta segunda vez también adolecieron de defectos, discrepando el consumidor y el vendedor acerca de su entidad.

El consumidor demanda al vendedor y ejercita la resolución del contrato, pide la retirada de los muebles de su casa e indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia entiende que las faltas de conformidad son *de escasa importancia* y no estima la resolución. En cambio, la Audiencia Provincial considera que las faltas de conformidad *no son de escasa importancia* y declara la resolución. Por el interés que presenta que unos mismos defectos se califiquen de manera distinta (dificultad aplicativa de los conceptos indeterminados), voy a exponer los razonamientos de ambos Tribunales. (La sentencia de primera instancia la conozco a través de la Audiencia).

[75] *Doctrina del Juez de Primera Instancia*.– A cada uno de los defectos alegados, el Juez de Primera Instancia indica:

a) Sobre que el mueble del salón está sin montar, al no caber en la estancia por la dimensión de aquél: *se trata de una deficiencia fácilmente subsanable y además, el vendedor parece que tenía intención de reparar*.

b) Sobre el rayado del cristal de la mesa: *es algo inapreciable y no pudo procederse a su sustitución pues al vendedor se le dijo, que abandonase los trabajos de instalación*.

c) Sobre que el aparador simétrico de video presenta ligeramente separada la cornisa del zócalo interior: *ello difícilmente se aprecia en las fotografías*.

d) Sobre que en una esquina del frontal, el barnizado no se ha fijado correctamente, presentando diferentes tonalidades: *es sabido que la madera wengue tiene vetas muy pronunciadas; fue, además, la madera que el consumidor eligió; en consecuencia, las distintas tonalidades de la madera no pueden considerarse una falta de conformidad*.

e) Y sobre que el sofá del rincón tiene rota una zona del forrado interior: *es una deficiencia fácilmente subsanable, y el sofá fácilmente sustituible*.

El Juzgado de Primera Instancia admite que hay faltas de conformidad en los bienes entregados y reconoce las incomodidades que supone sustituir los bienes por otros conformes. Ahora bien,

considera que *esas incomodidades no autorizan a la resolución del contrato, solución que considera desproporcionada, dado que aquélla exige que la falta de conformidad tenga entidad suficiente. Señala además, que admitir la resolución introduciría en la sistemática del mutuo equilibrio de las prestaciones recíprocas una puerta para que el consumidor pueda resolver, cuando cambie de opinión o de criterio, al margen de la entidad de la diferencia entre lo pactado y lo entregado.* (FD 3.º)

[76] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia estima la resolución, lo que apoya en distintos órdenes.

a) En primer lugar tiene en cuenta el informe pericial que acompañó a la demanda, en el que se señalaba las deficiencias de los muebles y otros datos.¹⁹⁷

b) En segundo lugar, destaca el hecho de que tras la primera entrega del mobiliario, el consumidor aceptó el suministro de otro idéntico, que también resultó defectuoso. *En esta situación, no puede obligarse al consumidor a una nueva sustitución o reparación. El consumidor no tiene garantía de que con una nueva oportunidad de cumplimiento, los muebles que vayan a entregarse sean conformes al contrato. Tiene una pérdida de confianza en el futuro cumplimiento del vendedor.* (FD 3.º)

c) Y en tercer lugar se destaca, que la entidad de los daños debe ponerse en relación con el objeto del contrato. Y así, si defectos pequeños no pueden dar lugar a la resolución, por ejemplo, de la compraventa de una vivienda, sí pueden en cambio permitirlo para la compra de unos muebles, *pues éstos han de suministrarse funcional y estéticamente en perfectas condiciones.* (FD 3.º)

¹⁹⁷ «En primer lugar, en el informe pericial acompañado con la demanda, además del contenido que se recoge en el fundamento de derecho tercero de la resolución, consta que «el conjunto del mueble del salón no reúne las condiciones funcionales mínimas pues los módulos no están montados para su uso, ni, según lo observado, estos se pueden ensamblar, además de no reunir unas condiciones estéticas adecuadas para las deficiencias observadas en el mueble...»; y en el acto del juicio dicho perito manifestó que el mueble está mal acabado en varias de las piezas, que los muebles no tenían la calidad que corresponde a su precio y que si estuviera bien barnizado no tendrían esos defectos de acabado. Además, aún cuando la sentencia apelada considerase que las distintas tonalidades del mueble carecen de importancia, ello está en contradicción con el propio parecer, tanto del representante legal de la entidad actora, como del representante legal del fabricante, el manifestar el primero de ellos, después de decir que ninguno de los defectos que tenían los muebles eran importantes, que le ofrecieron al actor hacerle barnizado especial y que para ello vendrían de fábrica, y al declarar el segundo que el acabado de los muebles no era normal, aunque se arreglaba con un barnizado» [FD 3.º; SAP de Zaragoza, 4.ª, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)].

En definitiva, la Audiencia Provincial estima la resolución¹⁹⁸: el incumplimiento del vendedor *frustró la finalidad del contrato tanto por la demora en la entrega, cuanto por los deterioros de los muebles* (FD 3.º).

A.3) SAP de Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán)¹⁹⁹.

[77] *Caso*.– El vehículo adquirido tuvo diversos defectos, que no afectaban a su seguridad y estabilidad, aunque sí al confort y adecuada conducción. Los defectos fueron: ruidos anómalos en el eje trasero, desajuste de las gomas de las puertas o de desajuste de éstas, ausencia de impermeabilización de los faros, avanzado estado de oxidación del catalizador, vibraciones de la palanca de cambio, desajustes del salpicadero, tapacubos, falta de potencia aún siendo el vehículo de baja potencia, vibraciones de origen desconocido (FD 4.º). Eran defectos insubsanables. El consumidor demanda la sustitución del vehículo (acción principal); subsidiariamente, la resolución del contrato; en ambos casos, junto con indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia considera desproporcionada la sustitución del vehículo y declara la resolución. Recurren el comprador y los codemandados (vendedor y fabricante). La Audiencia también entiende desproporcionada la sustitución del vehículo, así como excesivamente onerosa para el vendedor, pues los defectos no afectaban a la seguridad y estabilidad del vehículo (FD 4.º). Considera que los defectos tienen entidad suficiente para estimar la resolución, confirmando la sentencia de instancia.

[78] *Doctrina de la Audiencia Provincial*.– Según la Audiencia (FD 4.º), las deficiencias, catalogándose de secundarias, son de entidad suficiente para admitir la resolución. Lo justifica en lo que sigue:

a) Los reiterados intentos de reparación del vehículo han sido infructuosos, persistiendo y siendo continuas las deficiencias. Las anomalías son insubsanables.

b) Aunque las deficiencias no afecten a la seguridad, ni al funcionamiento (se ha recorrido más de 40.000 kilómetros), sí

¹⁹⁸ La resolución es del contrato de los muebles y *de los sofás*: «(...) relativo a los sofás, por cuanto, aun cuando estos últimos no presentaban defectos –si exceptuamos un roto en uno de ellos en la zona del forrado interior, reconocido por el representante legal de la entidad demandada en el acto del juicio–, el mobiliario y los sofás componen un conjunto homogéneo, y por lo tanto, si no le interesa al actor quedarse con los sofás entregados no deteriorados, no puede obligársele a aceptar un amueblamiento formado por unidades heterogéneas de distintas procedencias. Ello conlleva la estimación del recurso de apelación en cuanto a la petición de la demanda de que se reintegre al actor la cantidad de (...)» [FD 3.º; SAP de Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)].

¹⁹⁹ Di cuenta de ella *supra* [66] [i].

afectan a una conducción adecuada y a un básico y elemental confort (como las posibles filtraciones de agua y aire en el habitáculo, los ruidos y vibraciones constantes en la marcha del vehículo o los riesgos y peligros por la ausencia de impermeabilización en los faros).

c) Ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las anomalías, la clase de bien de que se trata, el uso al que se destina, y el interés del consumidor.

A.4) SAP de Pontevedra, 1.^a, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González)

[79] *Caso.*— El consumidor adquirió un pavimento para instalarlo en el suelo del cuarto de baño de su vivienda. A los seis meses, sin haberlo instalado, compra otra partida para toda la casa. Tras la instalación, el consumidor descubre que no cumple su fin o uso: por la porosidad que tienen las baldosas, estas absorben rápidamente la suciedad, siendo imposible limpiar las manchas adquiridas. No hay un tratamiento que evite la absorción de la suciedad. El consumidor ejercita la resolución del contrato, junto con la indemnización de daños y perjuicios²⁰⁰. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, lo que confirma la Audiencia Provincial.

²⁰⁰ Las partes discrepan sobre la normativa aplicable. *El vendedor* entiende aplicable la Ley de Garantías y señala que ante la falta de conformidad (que entiende que no hay), el consumidor debe optar entre la reparación o la sustitución y, si éstas no proceden, cabe resolver. *El consumidor* no considera aplicable la Ley de Garantías y fundamenta la demanda inicial en los artículos 25 a 31 LGDCU y en la jurisprudencia del *aliud pro alio*. Éste quería que se quitase del suelo de su casa todas las baldosas, al ser inútiles al fin para el que las compró; que se dejase el suelo como estaba con anterioridad a la instalación de las baldosas; y la devolución de las baldosas. A su entender, ejercitaba la acción de indemnización de daños y perjuicios, acción que no regula la Ley de Garantías, la cual se remite a la legislación civil y mercantil que resulte aplicable (DA.II LG). En el FD 2.º, la Audiencia Provincial determina la legislación aplicable y el remedio que el consumidor ejercita: «El marco normativo al que debemos acudir es el previsto en la Ley 23/2003 de Garantía de Venta de Bienes de Consumo (...)/ En consecuencia, a juicio de esta Sala es compatible el ejercicio de las acciones indemnizatorias del CC con las acciones resolutorias de la propia Ley y también del art. 1124 del CC y en el caso se están ejercitando ambas. La actora reclama la devolución de lo pagado, eso no es una indemnización sino un efecto de la resolución y lo es tanto que invoca a su favor el art. 1124 del CC en relación con la doctrina del «*aliud pro alio*», y además ejercita la correspondiente indemnización de daños y perjuicios: los gastos del baño y de levantamiento del pavimento deteriorado. Como quiera que nos hallamos ante la posición de un consumidor que, además, ha comprado, adquiere plena vigencia la aplicación de la Ley de Garantías en la compraventa, Ley 23/2003 que expresamente contempla la posibilidad —en ciertas condiciones— de resolver la venta. No se incurre con ello en variación de la causa de pedir, es la misma, la resolución por incumplimiento en ambos casos, lo que habrá es de aplicarse una legislación beneficiosa y favorable al consumidor, como ella prevé en la Exposición de Motivos (...)» (FD 2.º, cursiva mía).

[80] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia aplica la Ley de Garantías y la jurisprudencial del *aliud pro alio*:

a) Hay falta de conformidad (art. 3 LG), pues: el bien no se ajusta a la descripción hecha por el vendedor, ni posee las cualidades de la muestra o modelo; ni es apto para el uso ordinario al que se destinan bienes del mismo tipo; ni tiene la calidad, ni las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y las declaraciones públicas que hubiere sobre las características de los bienes. (FD 3.º)

La Audiencia Provincial asocia los artículos 7 LG y 1124 CC y señala que el consumidor elige la resolución, no siendo la falta de conformidad de escasa importancia. Explica que el consumidor podía optar por la resolución, porque *con la sustitución* de las baldosas por otras del mismo tipo (esto es, idénticas), el resultado de la absorción de suciedad sería el mismo; y porque no cabía *la reparación*, pues la limpieza profunda de las baldosas no garantizaba que no volvieran a mancharse. Además, *la reducción del precio* no daría satisfacción al consumidor, aparte del hecho de que la facultad de elegir entre la reducción del precio y la resolución del contrato corresponde al consumidor. (FD 3.º).

b) Hay un *aliud pro alio* (art. 1124 CC): las baldosas fueron *inhábiles totalmente para su destino*, justificando que el comprador, a quien no se informó, pueda resolver. No se está ante un vicio oculto. (FD 3.º).

B) *Sentencias que no estiman la resolución: la falta de conformidad de escasa importancia*

B.1) SAP de Granada, 4.^a, 3.10.2007 (Pte. Ruiz-Rico Ruiz)

[81] *Caso.*— El consumidor adquirió una motocicleta. A los pocos días de ser entregada, se manifestaron problemas en el arranque con origen en el sistema eléctrico. En diversas ocasiones, el consumidor llevó el ciclomotor al servicio de reparación (sin éxito; no se averigua la causa de la avería). Finalmente, *el 22 de julio de 2005*, aquél devuelve la moto con la intención de resolver el contrato. Entonces se desmonta todo el sistema eléctrico y, consultándose a fábrica, se averigua que el problema se debía a que se había instalado un fusible de siete amperios y el recomendado por el fabricante era de diez. Se procede a la reparación definitiva, que se efectúa en breve tiempo: la moto se pone a disposición del consumidor *el 28 de julio de 2005*. Éste no quiso hacerse cargo de ella.

En primera y en segunda instancia se desestima la demanda del consumidor.

[82] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia señala que más que la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, al caso es aplicable el artículo 11.3.b) LGDCU, que permite resolver si la reparación es insatisfactoria y el objeto no reviste las condiciones óptimas para el uso al que está destinado. En términos parecidos —continúa la Audiencia— se sitúa el artículo 7 LG, que establece como presupuestos de la resolución: *primero*, que el consumidor no pueda exigir la reparación o la sustitución del bien o que éstas no se hayan realizado en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; y «*segundo*, que la falta de conformidad afecte a un aspecto sustancial de la cosa entregada que no sea de escasa entidad». (FD 1.º).

Para el caso, afirma: «de acuerdo con el citado artículo 7 de la Ley 23/2003, la reparación definitiva fue realizada en un plazo razonable desde la primera vez que fue llevada al taller. Además, la falta de conformidad del objeto se debía a un factor de mínima trascendencia (un mero fusible). No ha quedado acreditado que pudiera ser otra la causa, pues como indicó el perito-testigo (...) el defecto del fusible también afectaba al arranque mecánico de la motocicleta a través del pedal. En consecuencia, no correspondía en este caso la resolución del contrato» (FD 2.º).

[83] Diversas reflexiones me suscita esta sentencia:

a) A veces sucede que adoleciendo el bien de un defecto menor (fallo de un fusible), tal defecto incide de manera notable en su uso como ocurre en este caso (la moto tiene problemas de arranque). Si no se logra subsanar el defecto, su notable incidencia en el uso supone que hay una falta de conformidad de importante entidad.

Asimismo tiene relevancia el coste de lograr la reparación —por ejemplo, debe desmontarse todo el bien o una substancial parte— y el tiempo que aquélla requiera (el consumidor suele perseguir una satisfacción inmediata de sus necesidades).

b) El consumidor pasó por varios intentos de reparación y tras ellos fue cuando intentó resolver. Los fracasos en las reparaciones generan en el consumidor una legítima desconfianza en el posible y futuro cumplimiento del vendedor. Creo que esto debía haberse tenido en cuenta en la solución del caso²⁰¹.

²⁰¹ Y en la condena en costas, la Audiencia Provincial señala: «(...) que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho» (arts. 394.1 y 398.1 LEC). Según aquélla, hay dudas, «a la vista de las circunstancias acaecidas, de la falta de reparación de la motocicleta».

c) En la sentencia se percibe la medida de presión que para el cumplimiento implica disponer de la facultad de resolver. Tras varios intentos de reparación sin éxito, el consumidor devuelve la motocicleta con la intención de resolver y, entonces, el vendedor reacciona, desmonta el sistema eléctrico e, informándose del fabricante, consigue reparar la motocicleta.

d) Mi última reflexión va referida a la afirmación judicial de que el vendedor reparó (definitivamente) en un plazo razonable, no procediendo la resolución. Una vez más señalaré que el consumidor acudió en varias ocasiones al vendedor para la reparación de la moto y todas, excepto la última, resultaron infructuosas. Hay una clara inclinación de la Audiencia Provincial a la conservación del contrato.

Distinta solución acoge la SAP Alicante, 8.^a, 24.1.2007 (Pte. Soler Pascual). Se había adquirido un vehículo, que el vendedor reparó fuera del plazo razonable. El caso fue como sigue. Mediante compraventa celebrada el 10 de junio de 2004, el consumidor compró un vehículo de segunda mano, con una garantía de motor y de caja de cambios de doce meses. El vehículo tuvo defectos mecánicos cubiertos por la garantía y *en febrero de 2005* se depositó para su reparación. *El 23 de marzo*, el consumidor presenta una reclamación ante la OMIC por falta de reparación y en el expediente, la demandada manifestó, *el 10 de mayo*, que procedería a la reparación *El 30 de septiembre*, el consumidor se presenta con Notario en el taller, dejando constancia de la no reparación del vehículo («con el motor desmontado y fuera de su sitio», FD 2.^o). Finalmente, *a primeros de octubre*, el vehículo es reparado. El consumidor ejercita la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia.

El vendedor señala que el retraso en la reparación se debió a una causa ajena. Para la Audiencia, la cuestión a decidir es la de la relevancia jurídica que puede tener el hecho de que el vehículo esté finalmente reparado. Según la Audiencia, es un hecho irrelevante la reparación definitiva del vehículo; lo que es decisivo es si la reparación se hizo en plazo prudencial, exigencia que se deriva de los artículos 7 y 6 LG. Aunque finalmente se llevara a cabo la reparación, esta tiene lugar transcurridos casi ocho meses después de que el vehículo se depositase para repararlo, retraso que ha tenido lugar sin razón o justificación. La adquisición del vehículo no ha revestido la satisfacción que debía al adquirente. No es admisible que el vendedor insista en que, reparado el vehículo, la cuestión queda solventada. (FD 2.^o).

B.2 SAP de Salamanca, 1.^a, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego)

ta en las diversas ocasiones en que fue llevada al taller, *lo que justificaba la creencia del demandante de que podía dar por resuelto el contrato junto a la natural desconfianza en la conducta de la contraparte*» (FD 4.^o).

[84] *Caso*.— El consumidor adquirió una moqueta para colocarla en su vivienda bajo una mesa de billar. Elige el tipo, color y textura, sobre muestrario que se le ofrece. Da un anticipo de 150 euros, sobre el total del precio de 591,94 euros. Entregada la moqueta, al ir a colocarse se aprecian, según el consumidor, manchas de grasa o similar y asimismo se aprecia que la textura de la moqueta tiene el inconveniente estético de que las pisadas sobre ella son indelebles. Da cuenta de ello al vendedor, exigiéndole que la retire y sustituya por otra que no tenga tal defecto o de no ser así, que le devuelva lo pagado, efecto de la resolución del contrato. El vendedor le responde que, abonado el resto del precio, procederá a reparar o sustituir la moqueta. El consumidor no lo acepta. (FD 2.º)

El vendedor demanda al consumidor, solicitando el pago del precio y este último se opone. El Juez de Primera Instancia despacha la ejecución pretendida por el vendedor en el procedimiento monitorio y desestima la demanda de oposición del consumidor. Éste recurre. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

[85] *Doctrina de la Audiencia Provincial*.— Según la Audiencia, siendo cierto que la moqueta presenta las manchas denunciadas, también lo es que no hay prueba de que el consumidor exigiera, en el momento de contratar, que en la moqueta no quedasen huellas de pisadas, ni tampoco que se le garantizase que no se daría tal defecto. Lo que sí es claro es que el cliente vio el muestrario, lo examinó y aceptó y encargó la moqueta sin condición o a prueba. Además, el que las pisadas dejen manchas, no supone la no idoneidad del bien para soportar una mesa de billar y el tránsito de quienes se aplican a ese deporte. (FD 3.º)

Dicho esto, la Audiencia Provincial señala que la resolución del contrato (arts. 1124 CC, 7 LG), así como la *exceptio non adimpleti contractus*, exigen un «verdadero y propio incumplimiento de alguna de las obligaciones que se presentan como principales del mismo» (FD 3.º). Además, hay otras soluciones, especialmente las de garantía o indemnizatorias, que el vendedor anuncia al consumidor (reparar, sustituir), previo pago del resto del precio, a lo cual tiene legítimo derecho. Esta solución propuesta por el vendedor no la acepta el consumidor «por una causa o defecto accesorio, que en modo alguno frustra el destino del objeto de modo principal o esencial, y sí solo la apariencia estética, que agrade o no fue el interesado quien la eligió; de modo que sin admitir su posible equivocación, si tanta trascendencia le otorga, ni cumplir su obligación de pago, toma la resolución de resolver el contrato, de forma unilate-

ral, que por lo argumentado carece de mejor causa y amparo legal». (FD 3.º)

[86] Finalmente, haré una mera referencia a la SAP de Madrid, 14.ª, 18.10.2006 (Pte. García de Ceca).

El 6 de febrero de 2004, el comprador adquirió un turismo que tuvo distintas averías: en el mecanismo de elevallunas, en la alineación de los neumáticos, el motor se calentaba y fallo en la batería. El comprador ejercita la resolución del contrato junto con la indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestima la demanda porque los defectos en el elevallunas, en el paralelo de las ruedas y en el desgaste de la batería *son por su naturaleza accesorios o secundarios, descartándose como causa de resolución* (FD 1.º; podrá pretenderse la reparación, FD 3.º). En cuanto al sobrecalentamiento del motor y sus graves consecuencias, ello se debió a un mal uso: hubo una pérdida de refrigerante y el usuario no llevó el coche a reparar al taller, sino que ante los continuos sobrecalentamientos, se limitó a echar agua en el motor y la continuación en el uso, en tales condiciones, provocó los posteriores daños (FD 1.º y 3.º). Recurre el consumidor y la Audiencia Provincial confirma el fallo de primera instancia (v. FD 5.º).

III. DIFERENCIAS ENTRE EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DEL Artículo 121 TR Y EL DEL Artículo 1124 CC (*ALIUD PRO ALIO*)

3.1 EL ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL *ALIUD PRO ALIO*

[87] A continuación me voy a ocupar de constatar cuál ha sido la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo referida al *aliud pro alio*. Esta es una doctrina asentada de la que en su momento me ocupé y que no requiere mayor explicación²⁰², si bien debo recordar que la jurisprudencia del *aliud pro alio* permite la posibilidad de la resolución del contrato, de su cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios. Lo único que ahora me importa constatar es cual ha sido en los últimos años el desarrollo de dicha doctrina. Me importa por lo que he advertido anteriormente, por si en la evolución de las Audiencias Provinciales pudiera acercarse la falta de conformidad de no escasa importancia al modelo jurisprudencial del *aliud pro alio* y la resolución del artículo 1124 CC (*supra* [69]). Y también me importa, porque, posteriormente, analizaré las concretas diferencias entre la resolución del artículo 121 TR y la del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio* (*infra* [92] ss.).

²⁰² FENOY PICÓN (1996) pp. 187 ss.; *supra* nota 175.

[88] He acotado un período de cinco años: desde 2003 hasta 2007. Puede afirmarse que no existe una variación en la jurisprudencia del *aliud pro alio*. En este sentido, por ejemplo: STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Xiol Ríos)²⁰³; STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Almagro Nosete)²⁰⁴; STS, 1.^a, 14.2.2007 (Pte. García Varela)²⁰⁵; STS, 1.^a, 16.5.2005 (Pte. García Varela)²⁰⁶; STS, 1.^a, 4.4.2005 (Pte. García

²⁰³ STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Xiol Ríos). Compraventa de vivienda, con plaza de garaje y trastero (éste inmediato a la plaza de garaje). El trastero fue inútil para su fin (depósito); presentaba humedades y ausencia de ventilación. Los compradores demandan su reparación (cumplimiento) e indemnización, lo que se estima en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo no casa [v. FD 3.º, B) y C)]. El vendedor sorprendentemente alega, en el primer motivo de casación, que la acción de incumplimiento acogida en la sentencia requiere de un incumplimiento grave del contrato. Pero, como aprecia el Tribunal Supremo, una cosa es el remedio del cumplimiento del contrato, con sus límites, y otra el de la resolución y la exigencia del incumplimiento grave corresponde a este último. El Tribunal Supremo cita el artículo 7.3.1 (2) (b) Principios Unidroit (*supra* nota 33) y utiliza en diversas ocasiones la expresión de «incumplimiento sustancial».

²⁰⁴ STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Almagro Nosete). Compraventa entre particulares, de dos plazas de garaje que resultaron físicamente muy incómodas de maniobrar por sus dimensiones y ubicación. Los compradores demandan la resolución del contrato, lo que se estima en primera instancia. Ambas partes recurren, desestimando los recursos la Audiencia Provincial. Los vendedores recurren en casación y el Tribunal Supremo no casa. En el FD 2.º: «(...), conforme a la caracterización jurisprudencial, conducen a apreciar tal condición de inhabilidad o de impropiedad del objeto para su habitual destino, para lo cual es suficiente una cierta gravedad obstativa para el normal disfrute de la cosa con arreglo al mismo (...), o que se convierta el uso en gravemente irritante o molesto (...), debiendo considerarse como esencial (...) la adecuación que las plazas de garaje han de tener respecto al fin que les es propio, adecuación que alcanza tanto a las dimensiones como a los accesos a las mismas» (cursiva mía).

²⁰⁵ STS, 1.^a, 14.2.2007 (Pte. García Varela; EDJ 2007/7275). Varios compradores demandan al Banco de quien habían adquirido las viviendas (durante veinte años los compradores habían sido arrendatarios y el Banco, arrendador); suplicaban que se condenase al vendedor al pago de los gastos de rehabilitación del inmueble, consecuencia de que aquél adolecía de aluminosis, fundamentándolo en la doctrina del *aliud pro alio*. En primera y segunda instancia se acogió parcialmente la demanda. El vendedor recurre y el Tribunal Supremo casa. Considera que el vendedor cumplió correctamente su prestación de entrega de la cosa, pues la causa de las patologías por aluminosis se debió a que el edificio se construyó en una época en que la construcción con cemento aluminoso no estaba legalmente prohibida; *hubo fuerza mayor externa*. No hay un supuesto de *aliud pro alio*. (FD 3.º). Hay otra sentencia de la misma fecha y Ponente (EDJ 2007/7283) en la que demanda otro comprador. La solución que se da en esta otra sentencia es igual: *las patologías por aluminosis tiene origen en fuerza mayor externa* (v. FD 2.º).

²⁰⁶ STS, 1.^a, 16.5.2005 (Pte. García Varela). Venta de inmueble con destino a oficina (fin incorporado al contrato); pero, no pudo destinarse porque había un defecto en su estructura: en las vigas principales con riesgo para los usuarios, siendo preciso consolidar la estructura. El comprador demanda a los vendedores y suplica el cumplimiento del contrato (costes de adecuar el edificio y los que se devenguen en ejecución de obra). En primera instancia se estima en parte la demanda (en menor cuantía de la solicitada). Los vendedores recurren y la Audiencia Provincial revoca en parte (condena a una menor cuantía). Los vendedores vuelven a recurrir, alegando inaplicación de los artículos 1484, 1490 CC y aplicación indebida de los artículos 1101 y 1124 CC: por ser compraventa específica señalan que se aplica el régimen de los vicios ocultos, además de que el comprador no quedó totalmente insatisfecho. El Tribunal Supremo no casa: considera que hubo un *aliud pro alio* (v. FD 2.º).

Varela)²⁰⁷; STS, 1.ª, 9.3.2005 (Pte. Auger Liñán)²⁰⁸; STS, 1.ª, 21.9.2004 (Pte. Villa Gómez Rodil)²⁰⁹; STS, 1.ª, 27.2.2004 (Pte. García Varela)²¹⁰; STS, 1.ª, 10.12.2003 (Pte. Marín Castán)²¹¹;

²⁰⁷ STS, 1.ª, 4.4.2005 (Pte. García Varela). Compraventa de vivienda, cuyas vigas tenían termitas. El comprador demanda a los vendedores, suplicando la reparación del inmueble e indemnización por el desalojo provisional; subsidiariamente, la resolución del contrato. En primera instancia se estima la resolución de la compraventa. La Audiencia Provincial absuelve a los vendedores: califica la anomalía de vicio oculto y considera que la acción del comprador había caducado. El Tribunal Supremo casa. Entiende que no es aplicable el saneamiento por vicios ocultos, pues lo que ha habido es un incumplimiento del vendedor por entrega de cosa inhábil (*aliud pro alio*). La existencia de termitas afecta a la durabilidad del inmueble y a la seguridad de las personas (FD 2.º). Confirma la sentencia de primera instancia.

²⁰⁸ STS, 1.ª, 9.3.2005 (Pte. Auger Liñán). Compraventa entre empresarios de diversas máquinas para fabricar calzado. Entregadas, el comprador comprueba que algunas de las máquinas carecen de la placa identificativa según normativa vigente, otras no coinciden con el modelo pactado, otras presentan señales de óxido y una es de segunda mano y sufre pérdida de aceite. El comprador demanda al vendedor y ejercita la resolución del contrato e indemnización de daños. El vendedor reconviene; suplica la resolución del contrato por incumplimiento del comprador, pérdida del precio entregado e indemnización. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima la demanda del comprador. El vendedor recurre en casación. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, excepto en la condena al pago de daños y perjuicios y pago de costas de primera instancia. (V. FD 3.º).

²⁰⁹ STS, 1.ª, 21.9.2004 (Pte. Villagómez Rodil). Compraventa de un tractor que resultó no utilizable. El comprador demanda al vendedor y al distribuidor en exclusiva en España (también demanda a otra empresa). Hace una serie de peticiones subsidiarias, pero, en síntesis, lo que interesa al comprador es la resolución de la compraventa y consiguiente devolución del precio, e indemnización de daños. En primera instancia se estima la resolución del contrato y se condena al vendedor y al distribuidor a la devolución del precio y al pago de cierta cantidad en concepto de daños. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia en el único sentido de absolver a la distribuidora del abono de la indemnización de daños. La distribuidora recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa: señala que hay un grave y decisivo incumplimiento contractual, pues el tractor es una máquina totalmente inhábil; se ha entregado una cosa diversa (*aliud pro alio*) con la consiguiente insatisfacción del comprador. (FD 5.º; v. también FD 2.º).

²¹⁰ STS, 1.ª, 27.2.2004 (Pte. García Varela). Compraventa mercantil de máquinas para tratamiento de maderas, que resultaron defectuosas. El vendedor pide el pago del precio e intereses; reconviene el comprador, suplicando la resolución del contrato y el pago de cierta cantidad e intereses. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial, en relación con la reconvencción, declara resuelto el contrato y condena a la indemnización de daños; entiende que hay un *aliud pro alio*. El vendedor recurre en casación: considera que no hubo incumplimiento sino que hay vicios ocultos y que el plazo de ejercicio del artículo 1490 CC había caducado. El Tribunal Supremo señala que las máquinas tienen graves defectos técnicos y mecánicos, haciéndolas inútiles para los trabajos de carpintería y ebanistería propios de su normal destino. Hay un *aliud pro alio* (FD 4.º, v. también FD 6.º).

²¹¹ STS, 1.ª, 10.12.2003 (Pte. Marín Castán). Compraventa entre empresarios de máquina para fabricar flejes de acero. El vendedor encargó a un tercero la construcción de la máquina. Entregada al comprador, se comprobó que era inviable: presentaba bastantes diferencias con la contratada, así como en el diseño y el montaje (faltaban ochocientas horas de trabajo: la vendedora, por su falta de liquidez, la había retirado del tercero antes de tiempo). El comprador deja de pagar el segundo plazo del precio. El vendedor le demanda y pide el pago del resto del precio e intereses. El comprador reconviene y suplica la «rescisión» del contrato e indemnización. En primera instancia se desestima la demanda y se estima, en lo substancial, la reconvencción: se condena al vendedor a la reparación de daños y perjuicios. Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial estima la demanda y desestima la reconvencción. Recurre el comprador, alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1124 CC. El Tribunal Supremo casa y confirma la sentencia de instancia

STS, 1.ª, 28.11.2003 (Pte. González Poveda)²¹²; STS, 1.ª, 10.7.2003 (Pte. González Poveda)²¹³; STS, 1.ª, 23.5.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez)²¹⁴; y STS, 1.ª, 8.2.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez)²¹⁵.

(que interpretó la demanda reconvenzional del comprador como petición de cumplimiento del contrato; v. FD 6.º). Considera que es al vendedor, y no al comprador, al que ha de atribuirse el incumplimiento (entregó una cosa inhábil); *el incumplimiento del vendedor es más grave que el del comprador*: (FD 5.º).

²¹² STS, 1.ª, 28.11.2003 (Pte. González Poveda). El vendedor (promotor) vende catorce plazas de garaje en el local sótano destinado a dicho fin; pero, en el local sótano sólo se pueden estacionar once o doce vehículos de tipo medio. El promotor pretendía que hubiera dieciocho plazas. Los compradores (catorce; unos adquirentes directos del promotor, otro no) le demandan, suplicando, entre otras cosas, la declaración de que el garaje tiene aptitud para albergar sólo doce plazas; la reducción de las dieciocho partes alícuotas de la propiedad del garaje a catorce partes alícuotas, pudiendo así reconducir la titularidad del local y garaje. En primera instancia se declara que el local sólo permite albergar doce plazas de garaje de tipo medio; la ubicación de catorce produce graves inconvenientes de uso. La Audiencia Provincial adiciona a la sentencia de instancia, que la reducción de las dieciocho partes alícuotas, a catorce, se realizará mediante cesión de las cuatro partes alícuotas de propiedad del promotor, a los particulares. El promotor recurre y alega, entre otras cosas, infracción de los artículos 1484, 1468, 1490, 1961, 1964 y 1969 CC. El Tribunal Supremo no casa: considera que hay pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador (arts. 1101 y 1124 CC); no se está ante vicios ocultos (FD 3.º).

²¹³ STS, 1.ª, 10.7.2003 (Pte. González Poveda). Contrato atípico por el que una empresa se compromete a suministrar e instalar (en correcto funcionamiento) unos equipos y programas informáticos (el suministrador) a otra (el comprador), por precio cierto. Los equipos y programas informáticos no sirvieron al fin pactado: no se obtenía la comunicación en tiempo real entre los distintos sectores del sistema informático. El suministrador interpone dos demandas (que se acumulan), en las que pide al adquirente el pago de ciertas cantidades. Éste reconviene, suplicando la resolución del contrato e indemnización. En primera instancia se estiman las demandas del vendedor y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia. Ambas partes recurren. El Tribunal Supremo desestima el recurso del suministrador y, en relación con el del comprador, declara la resolución del contrato con el consiguiente efecto restitutorio (art. 1303 CC). El Tribunal Supremo señala que hubo pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador (arts. 1101 y 1124 CC; FD 6.º). Comento esta sentencia: (2005) pp. 509-555.

²¹⁴ STS, 1.ª, 23.5.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). Compraventa mercantil de molduras que se entregaron en malas condiciones. El vendedor demanda al comprador el pago del precio. Reconviene el comprador, suplicando el pago de cierta cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se estima la demanda del vendedor y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima la demanda y estima la reconvencción. Recurre en casación el vendedor: alega, entre otras cosas, inaplicación de los artículos 336, 342 CCO y 1964 CC. El Tribunal Supremo no casa. Señala, entre otras cosas, que hay un propio y verdadero incumplimiento, frustrando las legítimas expectativas de las partes. Hay un *aliud pro alio* (la cosa es inútil para su destino) equiparable a la falta de entrega, aplicándose el plazo de prescripción de quince años propio de las obligaciones personales. (V. FD 5.º).

²¹⁵ STS, 1.ª, 8.2.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). El vendedor (constructor, promotor, sociedad inmobiliaria) entregó unas viviendas que no se ajustaron a lo pactado. La comunidad de propietarios le demanda, suplicando, en síntesis, su condena a la realización en cada una de las viviendas y en los elementos comunes de las obras que sean necesarias para su adecuación a lo pactado; subsidiariamente, indemnización por equivalente. En primera instancia se estima la demanda (principal y subsidiaria). La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El vendedor recurre, alegando entre otras cosas infracción del artículo 1124 CC, inaplicación de los artículos 1484 y 1490 CC. El Tribunal Supremo no casa. Considera que hay pleno incumplimiento con la consiguiente insatisfacción del comprador; hubo un *aliud pro alio*. (V. FD 9.º).

[89] Por distinto motivo, alguna indicación conviene hacer a propósito de estas otras sentencias del Tribunal Supremo:

a) En la STS, 1.^a, 30.12.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez), el fin del contrato no pudo lograrse por un problema en la titularidad de los bienes transmitidos y no por un mal funcionamiento material del bien (caso típico de la doctrina del *aliud pro alio*). En la sentencia, la noción de inhabilidad del bien (falta de conformidad) incluye un *puro* problema de titularidad.²¹⁶ Esta sentencia se sitúa en la línea de los PEL S y del DCFR, en los que la falta de conformidad incluye problemas de utilidad material y de titularidad en los bienes²¹⁷.

b) En la STS, 1.^a, 21.10.2005 (Pte. Montés Penadés) se conoció de una compraventa de aceite de oliva y el que se entregó, aún siendo vegetal comestible, no fue de oliva. En su recurso de casación, el vendedor argumentaba que el remedio de la indemnización de daños y perjuicios sólo procedía si al mismo tiempo se ejercita la resolución del contrato y el comprador sólo había solicitado que se le indemnizase. El Tribunal Supremo, con buen criterio, indica que en el CC no existe tal conexión entre la indemnización y la resolución²¹⁸.

²¹⁶ STS, 1.^a, 30.12.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). Se celebraron dos compraventas de fincas entre empresas, cuyo fin era la construcción y explotación de una Estación de Servicio a ambos lados de la carretera (también formaban parte del contrato ciertas licencias). Las fincas habían sido expropiadas con anterioridad a la celebración de los contratos, por lo que el vendedor no podía transmitir la propiedad. El comprador demanda y suplica que, resueltos los contratos, se condene al vendedor a la restitución del precio, intereses legales e indemnización de daños (a fijar en ejecución de sentencia). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia. El vendedor recurre. Entre otras cosas, alega violación del artículo 1124.I CC, inaplicación del artículo 1490 CC en relación con los artículos 1461 y 1474.2.º CC y aplicación indebida de la jurisprudencia sobre resolución por *aliud pro alio*. El Tribunal Supremo casa en el único sentido de añadir a la sentencia recurrida la obligación del comprador de devolver las fincas al vendedor (al declarar la resolución, sólo impuso la devolución del precio por el vendedor; v. FD 7.º). Según el Alto Tribunal: «(../) Aquí la falta de titularidad sobre los muebles (*sic*) transmitidos supone una circunstancia concurrente al momento de la celebración del contrato, pero conocida después por el comprador y ello lleva a la lógica conclusión de que el contrato se ha incumplido desde el principio» FD 2.º; v. FD 5.º).

²¹⁷ *Supra* notas 83 y 127; en las sentencias que conocen de plazas de garaje suele haber problemas de funcionalidad (las plazas son pequeñas, hay dificultad de maniobra en el garaje, etc.) que suelen solucionarse a través de la cesión de la titularidad de otras plazas de garaje, si ello es posible. Un ejemplo de lo que digo es la STS, 1.^a, 28.11.2003 (Pte. González Poveda) *supra* nota 212.

²¹⁸ STS, 1.^a, 21.10.2005 (Pte. Montés Penadés). Se celebró compraventa de aceite de oliva que el comprador revendía a un tercero, lo que conocía el vendedor. Antes de ser embarcada la mercancía hacia Angola, en Aduanas se tomaron unas muestras del aceite para su análisis. El análisis demostró que el aceite no era de oliva, sino vegetal comestible, por lo que tras una serie de vicisitudes el comprador hubo de devolver cierto beneficio que la CEE otorgaba a la exportación. El tercero no reclamó por el aceite que se le entregó. El comprador demanda al vendedor, pidiendo ser reparado por los daños y perjuicios sufridos (el beneficio que había debido de restituir y otros daños). En primera y segunda instancia se estima la demanda (en menor cuantía de la solicitada). El vendedor recurre en casación

[90] Por último, voy a detenerme en otra sentencia: la STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela)²¹⁹. En ella, se conoce de la compra de un inmueble e industria de hostelería. Efectuada la entrega, el comprador descubrió que la instalación eléctrica era inapropiada por no ajustarse a la legislación vigente; además, la industria carecía de licencia de apertura definitiva (sólo disponía de licencia provisional). El comprador ejerció la resolución del contrato; subsidiariamente, la reducción del precio. En primera y segunda instancia se acoge la reducción del precio. El comprador recurre en casación, alegando, entre otras cosas, vulneración de la jurisprudencia del *aliud pro alio*. El Tribunal Supremo no casa²²⁰.

y argumenta que la jurisprudencia del *aliud pro alio* implica que la indemnización de daños y perjuicios *sólo* procede si se ejercita junto con la resolución del contrato (FD 2.^o). El Tribunal Supremo no casa e indica que dicha doctrina no exige tal conexión en los remedios: «En primer lugar, olvida el recurrente que el artículo 1124 del CC permite que el contratante no incumplidor solicite la resolución o el cumplimiento, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. En segundo lugar, no existe la conexión –y menos entendida como un vínculo– que el recurrente establece entre la doctrina del «*aliud pro alio*» y la aplicación «conjunta y concordante de los artículos 1101 y 1124». Naturalmente el recurrente no puede citar una sola sentencia en apoyo de su tesis, y bastaría acudir a la de 23 de enero de 1998, y a las que atinadamente invoca el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida, para entender el enlace entre un incumplimiento pleno que se da en los casos de entrega de cosa distinta, «abriendo paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC» y la posibilidad de llegar a la reparación integral del daño causado por una u otra vía, como se pone de relieve, entre otras muchas, en las Sentencias de (...)» (FD 2.^o). Se aplica el artículo 1101 CC. Comenta esta sentencia MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2006) pp. 1101-1122.

²¹⁹ Sentencia comentada por RUBIO GARRIDO (2005) pp. 183-195.

²²⁰ Con mayor detalle, los hechos de la STS, 1.^a, 22.4.2004 se desarrollaron así. El 23 de junio de 1995 se celebra compraventa de inmueble (finca rústica) e industria destinada a explotación de hostelería. El precio se pagaría en diversos plazos (en la sentencia no se indica la cuantía del precio). Se pactó: «no se variará, hasta la fecha en que se liquide el pago pactado para el presente contrato, el destino al que actualmente se dedica el inmueble construido en la finca objeto del presente contrato, es decir, Bar, Cafetería, Restaurante y lugar destinado a Hospedaje» (cláusula quinta). El comprador no pagó el resto del precio. Demanda a los vendedores y ejercita la resolución del contrato con su efecto restitutorio; pide compensación de los gastos hechos en la finca e indemnización de daños, así como, condena a los vendedores al pago de la mitad de los gastos ocasionados para elevar a escritura pública el contrato. Subsidiariamente, ejercita la rebaja proporcional del precio. Con fecha de 30 de abril de 1997, el Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la reducción del precio en la cantidad de 9.000.000 de pesetas, en función de los vicios y en concepto de daños. Entiende que los incumplimientos de la obligación principal del vendedor *no son de tal intensidad como para provocar la resolución del contrato*. Ambas partes recurren. El 25 de febrero de 1998, la Audiencia Provincial dicta sentencia desestimando el recurso del comprador y acogiendo parcialmente el de los vendedores. Fija la cuantía en la que el precio ha de reducirse en 3.883.181 pesetas. El comprador recurre, alegando, entre otros motivos: a) Vulneración de los artículos 1101 y 1124 CC y de la jurisprudencia contenida en las sentencias que cita, que recogen la doctrina del *aliud pro alio* (motivo 1.^o); b) Infracción de los arts. 1461, 1474, 1484 y 1486 CC y de la jurisprudencia de las sentencias que alega (motivo 2.^o); c) Violación del artículo 1486 CC, párrafo primero, último inciso, al no aplicar la rebaja del precio «a juicio de peritos» (motivo 3.^o). En síntesis, el comprador considera inhábil el objeto entregado para el fin pactado, siendo procedente la resolución. El Tribunal Supremo no casa.

Los hechos y las cuestiones jurídicas las extraigo a partir de la STS, 1.^a, 22.4.2004 y de la SAP Ciudad Real, 2.^a, 25.2.1998 (Pte. José Arturo Fernández García).

El Alto Tribunal considera que los defectos en la instalación y la ausencia de licencia de apertura definitiva *son vicios ocultos y no constituyen un incumplimiento del vendedor*. La instalación eléctrica puede repararse mediante un proyecto de adaptación a la normativa vigente. Y la ausencia de licencia definitiva sería un incumplimiento, si no pudiera obtenerse en el futuro; pero del informe del representante del Ayuntamiento «no se concluye la imposibilidad de subsanación de tales anomalías, y tampoco el recurrente [el comprador] ha probado que ello no fuera factible» (FD 2.º primer párrafo).

El Tribunal Supremo afirma que se está ante un *aliud pro alio*, «cuando existe un pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC; *tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición* (STS 14.10.2000) y, en igual sentido, STS 16.11.2000, *pero, en el supuesto del debate, nos encontramos ante una situación ajena a «aliud pro alio», sin entidad para impedir el fin normal del contrato y que puede remediarse*» (FD 2.º segundo párrafo; cursiva mía).²²¹ No procede la resolución del contrato.

²²¹ En la SAP Ciudad Real, 2.ª, 25.2.1998 (Pte. José Arturo Fernández García) –sentencia de segunda instancia en este caso– se emplea la misma argumentación: «(...). Sobre los vicios ocultos en la instalación de la citada industria, el informe pericial (...) evidencia con meridiana claridad que la adecuación de la instalación eléctrica de la indicada industria a la normativa vigente *llevaría a la modificación de la mayor parte de la misma* y que él no le daría el visto bueno. Efectivamente, *esa inadecuación de la instalación*, que impedía, además, la utilización con la potencia contratada por los demandados de la allí existente puesto que existía una irregularidad maquinaria a que ha sido posteriormente corregida, *es un vicio oculto que el actor no podía conocer, pero que puede ser arreglada en el futuro* de acuerdo con un proyecto de adaptación de la instalación a la nueva normativa vigente, que el actor igualmente ha aportado (...), y en relación a la alegación de que la industria *carece de licencia de apertura* del Ayuntamiento respectivo, el informe del representante legal de la citada entidad local es claro respecto a que *dicho establecimiento sólo posea licencia provisional y de carácter temporal*, dado que la definitiva no se le podía otorgar por no reunir el mismo los requisitos exigidos por la legislación que lo regula. Sin embargo de dicho informe *no se concluye que no se pueda subsanar tales deficiencias*, a lo que hay que añadir algo ya recogido en la resolución recurrida respecto al estado de las instalaciones, y que esta Sala comparte también en relación a esta concreta cuestión, como es la extrañeza que causa el hecho de que un comprador de una industria como la presente no se haya informado con carácter previo sobre si posea o no licencia de apertura, pero ello no es óbice para que el vendedor tuviera legalizada dicha industria, más cuando se obliga contractualmente a que mantenga su destino hasta la liquidación del precio pactado. El expresado resultado de la prueba practicada *no supone, como acertadamente resalta la juzgadora de instancia, que esos incumplimientos acreditados de los vendedores demandados supongan un incumplimiento de la obligación principal de la citada compraventa con efectos resolutorios de la misma, tal como pretende el actor y que reitera en esta alzada: en ningún caso esos incumplimientos impiden, (...), que el comprador no pueda usar para el desti-*

De esta sentencia puede extraerse el criterio de que si la anomalía cualitativa *no tiene entidad para impedir el fin normal del contrato y puede subsanarse, no hay incumplimiento* y por ello no puede resolverse (art. 1124 CC). En la sentencia se contiene un interesante criterio delimitador de la doctrina del *aliud pro alio*. En Derecho español, esta jurisprudencia ha sido y sigue siendo muy útil, a lo que contribuye de modo decisivo su hoy incuestionable asentamiento. Pero es una jurisprudencia cuyos contornos pueden seguir perfilándose y aquí es cuándo se manifiesta el interés de la STS, 1.^a, 22.4.2004, por cuanto que afirma que *no hay incumplimiento* si cabe la subsanación del defecto y la anomalía no impide el fin del contrato.²²² La resolución no es un remedio

no pactado el bien adquirido, ya que el impago por los demandados [vendedores] de su parte en los gastos de escriturar el contrato es repercutible en el precio a pagar por el demandante [comprador], así como los referidos a la instalación, y su adecuación a la legislación exigida por los poderes públicos para autorizar su apertura definitiva también es posible mediante la subsanación de las deficiencias previstas, cuyo coste se puede repercutir en el precio de la compraventa. A ello hay que añadir que tampoco el actor ha acreditado, como alega la parte contraria, que haya cumplido su correspondiente obligación de pago del precio pactado en la compraventa, lo que igualmente, a la vista de la doctrina expuesta, impediría que su acción rescisoria igualmente prosperase. Por todo lo expuesto, procede rechazar el recurso formulado por la parte demandante» (FD 4.º, cursiva mía; sobre la exigencia judicial de que la resolución exige que quien la pretenda haya cumplido sus obligaciones: FD 3.º).

En la STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Auger Liñán) también se conoce de un problema de licencia y *aliud pro alio*. Se celebró compraventa de un negocio dedicado al por menor de papelería y artes gráficas, transmitiéndose todas las existencias de aquél. Entregado, el Ayuntamiento comunica al comprador que, por ser la actividad de artes gráficas molesta y peligrosa y para la cual carecía de licencia la vendedora, había de aportar un proyecto técnico de medidas correctoras. El comprador no presentó el proyecto, se dio de baja y cerró el local. El comprador demanda al vendedor porque considera que la falta de licencia, que impidió realizar la actividad, es un *incumplimiento grave e insubsanable* por lo que procede la resolución (art. 1124 CC). La sentencia de primera instancia lo declara así. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y desestima la resolución. Señala que no puede considerarse que la actividad de artes gráficas fuera de imposible realización, *pues el Ayuntamiento no decía que no podía realizarse*, sino que debía de presentarse un proyecto en el que se indicasen las medidas correctoras para evitar la actividad molesta de las artes gráficas y el comprador no lo hizo. Por ello considera que no se han frustrado las expectativas legítimas de éste y que el vendedor no incumplió el contrato (FD 1.º, 6.º). El comprador recurre. El Tribunal Supremo no casa. Señala que de la interpretación del contrato es claro que el vendedor no estaba obligado a facilitar la mentada licencia. No hay incumplimiento del contrato. *Y tampoco hay inhabilidad del objeto entregado.* (V. el amplio FD 2.º).

²²² En Derecho español, una constante tarea es identificar los criterios que el Tribunal Supremo aplica para calificar el incumplimiento de resolutorio. Por ello considero que han de mirarse con buenos ojos aquellas sentencias en las que se intenta construir la noción de incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC ayudándose de la CISG, de los Principios Unidroit y de los PECL (*supra* nota 17). No es idea incorrecta ayudarse *argumentativamente* con estos textos (pero la CISG es derecho positivo interno). Desde esta perspectiva, los Principios Unidroit y los PECL pueden modularse interpretativamente y se puede prescindir de otros «Principios europeo». Sobre los PECL, EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN: «(...)». To date, the reference text that has gained the greatest degree of success *imperio rationis* are the Principles of European Contract Law (PECL), prepared by so-called Lando Commission. Comprising a body of rules on general contract law (in part, however, also extending into the general law of

que opere de manera aislada, sino inserto en un conjunto de medidas que surgen por causa del incumplimiento. De ahí que si es posible subsanar el defecto del bien, en los casos en los que el fin del contrato no se ha visto impedido, al Tribunal Supremo le parece más razonable encauzar la solución a través de remedios distintos del de la resolución (como el cumplimiento, indemnización, reducción del precio).

Puesto que el Tribunal Supremo se ha ceñido al caso, no ha entrado a precisar si el criterio de la subsanación debe acompañarse de la fijación de un plazo. Por las mismas razones, tampoco ha de precisado si la subsanación ha de llevarla a cabo el vendedor o un tercero. En mi opinión, es insuficiente tomar como único criterio de valoración la posibilidad de subsanar, para concretar si hubo o no incumplimiento; incumplimiento resolutorio, añadido yo, pues la sentencia se mueve en la dicotomía de si hay incumplimiento o vicios ocultos. El incumplimiento es una *noción dinámica*, lo que quiere decir que sus consecuencias dependen del momento en el que fijemos la atención. En el cumplimiento defectuoso cualitativo, junto con el carácter defectuoso de la prestación, también está el retraso en el cumplimiento. Si inicialmente el incumplimiento no fue resolutorio, por no haberse frustrado el fin del contrato, el posterior retraso en la subsanación puede adquirir relevancia. En la jurisprudencia del *aliud pro alio*, la importancia del retraso en el cumplimiento no ha sido especialmente destacada en la argumentación jurídica. Lo que se destaca es si el defecto provoca o no la inutilidad de la cosa, con la consiguiente insatisfacción del comprador. Y en esta insatisfacción puede estar presente el factor tiempo.

[91] Esta STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela) es también interesante por otra razón. Porque el Tribunal Supremo *tampoco admite la acción redhibitoria y lo apoya en similar argumentación por la que deniega la calificación del incumplimiento del vende-*

obligations), the PECL are the product of many years of comparative analysis and international co-operation; and they offer an authoritative point of reference for the interpretation and development of the national legal systems in Europe. In fact, the PECL have begun to play a key role in an incremental and 'organic' harmonization of European private law» [cursiva mía; (2008) pp. 660-661; en nota 8, los autores citan para la influencia de los PECL en el Derecho español el trabajo de Vendrell Cervantes del que di cuenta *supra* nota 17; v. también EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 707-708].

Por otro lado, debe mantenerse cierta cautela en las afirmaciones del Tribunal Supremo. Algo que destaca, por ejemplo, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en relación con la conocida y ya clásica cita de la STS 5.1.1935: «Ocurre con esta sentencia lo que con muchas otras. Tiran por elevación e introducen fórmulas gramaticales que llegan mucho más allá de lo que se quería y de aquello a lo que se debería haber llegado, y cuando se rompe el nexa que ligaba a la sentencia con su caso, la fórmula abstraída cobra un sentido dinámico que no hubiera debido tener. (...)» [(2005) p. 52; la STS 5.1.1935 resuelve sobre un retraso en el cumplimiento, no sobre el cumplimiento defectuoso cualitativo].

dor: que la anomalía puede subsanarse y no hace impropia la cosa para el fin al que se destina (art. 1484 CC).²²³ Por ello procedía la reducción del precio²²⁴.

Es claro que en esta sentencia el Tribunal Supremo no aplica un concepto unitario de vicio oculto. Parece que en función de la importancia o gravedad del vicio y de la posibilidad de su subsanación procede la redhibitoria o la *quanti minoris*²²⁵.

²²³ El comprador señalaba que en la instancia se había reconocido que había habido vicios ocultos (la inadecuada instalación eléctrica y la carencia de licencia definitiva de apertura) y dichos vicios eran de tal envergadura que si no se reparaban, hacían impropia la cosa para su uso. Añadía, que era claro que él hubiera pagado menos precio o no hubiera comprado la cosa (art. 1484 CC); por lo tanto disponía de las acciones del artículo 1486 CC. Y «sin embargo, [se] ha impedido al recurrente ejercitar la opción dispuesta en ese precepto y no ha acogido la acción de resolución ejercitada preferentemente, sino la instada como subsidiaria» (FD 3.º, STS, 1.ª, 22.4.2004 Pte. García Varela). El Tribunal Supremo afirma: «los vicios denunciados no hacen impropia la cosa para el uso a que se destina, y que cabe su subsanación, y por ello se ha atendido a la petición subsidiaria de rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos denunciados» (FD 3.º; cursiva mía).

²²⁴ En relación con la estimatoria, el comprador señalaba que no había sido correcto el procedimiento seguido en la determinación de la cuantía a reducir del precio. La Audiencia Provincial había acogido la petición subsidiaria de la reducción del precio y sin embargo, no había atendido al menor valor de la cosa en el mercado consecuencia de los vicios. No había atendido a la proporción, a hallar, entre el precio, según mercado, de unos bienes con anomalías cualitativas y el precio de unos bienes sanos, de acuerdo con el juicio de peritos (art. 1486.I CC): «El Juzgador de instancia [se] ha abrogado la función pericial al fijar *por sí misma* la cantidad de minoración del precio con el único criterio *de rebajar los gastos de reparación acreditados en el procedimiento*» (FD 4.º). Entra en lo posible –precisa el comprador– que el menor valor de los bienes por causa de los vicios *no coincida* con el valor de su reparación. El Tribunal Supremo entiende correcto el criterio adoptado en la instancia: «sin que quepa la tacha de la no intervención de peritos aducida en el motivo, *toda vez que el demandante [el comprador] no ha propuesto prueba pericial alguna sobre la materia*» (FD 4.º, cursiva mía).

Señala CABEZUELO ARENAS que entre nuestros Tribunales no es inusual que la cuantía a reducir del precio con base en el artículo 1486 CC consista *en los gastos de reparación del vicio*. De esta manera –añado yo– se consigue el fin práctico de que el bien pueda funcionar. La estimatoria viene a desempeñar las funciones del cumplimiento.

²²⁵ Sobre la gravedad del vicio oculto y el concepto unitario de vicio oculto: DELGADO ECHEVERRÍA (1986) p. 67, v. también p. 68; LLÁCER MATAACÁS (1992) pp. 118-120; MORALES MORENO (1980) pp. 631-633, 644 y (1993) pp. 956-957, v. también p. 961. Reinterpreta la normativa del saneamiento por vicios ocultos, en el sentido de que tiene campos de actuación distintos la redhibitoria y la estimatoria en función de la gravedad del vicio oculto: VERDA Y BEAMONTE (2004) pp. 114-140, también pp. 157-158, tras su análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencias en pp. 140-157; con anterioridad, VERDA Y BEAMONTE (2002) pp. 641-657. Destaca las implicaciones procesales de la reinterpretación de Verda, DELGADO ECHEVERRÍA en su comentario a la STS, 1.ª, 18.3.2004 (venta de vivienda con aluminosis) [(2004) pp. 1382-1384]. Sobre los requisitos del vicio oculto, por ejemplo, STS, 1.ª, 17.10.2005, STS, 1.ª, 29.6.2005 (FD 3.º); de especial interés la STS, 1.ª, 25.1.1957 (cdo. 2.º). V. supra nota 190.

Interesante el sistema del CC de Chile: artículos 1858, 1868, 1860 CCCh y las explicaciones de ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003) núms. 1412, 1421 a 1424, 1426, 1456 a 1458, 1505; v. también artículo 154 del CCO de Chile.

3.2 DIFERENCIAS CONCRETAS ENTRE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR Y LA FUNDADA EN LA DOCTRINA DEL ALIUD PRO ALIO (ART. 1124 CC)

[92] Es momento de precisar cuales son, en la situación actual de nuestro Ordenamiento, las diferencias existentes entre la resolución fundada en el artículo 121 TR en caso de falta de conformidad y la resultante de la aplicación de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* construida en la aplicación del artículo 1124 CC.

[93] La conclusión que podemos extraer es que los supuestos de aplicación de ambas manifestaciones de la resolución son diferentes. Más concretamente:

a) La resolución del artículo 121 TR se aplica a la compraventa en la que interviene un consumidor (arts. 2 a 5 y 7, EM III, TR), lo que no sucede en relación con la resolución del artículo 1124 CC y la doctrina del *aliud pro alio*.

b) A primera vista, el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR es más amplio que la resolución del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio*. En el artículo 121 TR, la resolución sólo tiene el límite de la falta de conformidad de escasa importancia. Se *amplía* enormemente el supuesto de la resolución.

En cambio, la doctrina del *aliud pro alio limita* enormemente el supuesto de la resolución al exigir que la anomalía sea especialmente grave. El *aliud pro alio* exige que la cosa sea *inhábil* para el fin al cual se destinaba (fin incorporado al contrato)²²⁶; si el bien es

²²⁶ Pero la jurisprudencia del *aliud pro alio* abarca dos tipos de casos. Uno, aquél en el que el vendedor entrega algo distinto de lo pactado [entrega de tabiques de yeso en vez de escayola: STS, 1.ª, 23.3.1982 (Pte. Castro García)]. Otro, aquél en el que, entregado el bien contratado, este es inútil, inhábil con la consiguiente insatisfacción de las expectativas del comprador (éstas pueden ser las normales o unas particulares del comprador incorporadas al contrato). En la STS, 1.ª, 15.11.2005 (Pte. Almagro Nosete) se describe de manera clara esta tipología: «Es menester en este punto (...) distinguir correctamente entre vicios ocultos y pretensión y prestación distinta, según la doctrina establecida en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993 [compra de trenzado para zapato, v. FD 2.º, 3.º y 6.º; Pte Barcala-Trillo Figuerola]. La expresada resolución afirma que tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la prestación diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» (FD 3.º).

Esta STS, 1.ª, 15.11.2005 conoció de la compra de lona azul, que se iba a emplear para hacer zapatillas de niño. La lona resultó defectuosa: al lavarse, las zapatillas se desteñían (por falta de solidez en el tinte). El comprador demandó indemnización de daños y

inútil a causa del defecto y no puede subsanarse, hay un *aliud pro alio*²²⁷. Es sintomático que el Tribunal Supremo suele asociar el *aliud pro alio* con la calificación de «pleno incumplimiento»; en otras ocasiones, con la de «total incumplimiento». Estas expresiones, ligadas al *aliud pro alio*, equivalen a las de «verdadero» incumplimiento o «auténtico incumplimiento» que el Tribunal Supremo

perjuicios. El vendedor reconviene y suplica el pago del género e intereses. En primera instancia se declara resuelta la compraventa y se condena al pago de cierta cantidad e intereses (daño emergente), así como a la cantidad que se determine en ejecución de sentencia (lucro cesante o beneficio dejado de obtener por la pérdida de clientes). Se estima, en parte, la reconvencción: se condena al pago de menor cantidad de la suplicada. Ambas partes recurren. La Audiencia condena a menor cantidad en concepto de daño emergente y difiere a ejecución de sentencia la concreción del lucro cesante con el límite de lo pedido en la demanda. Ambas partes interponen recurso de casación. El vendedor alega infracción de los artículos 336 y 342 CCO y 1490 CC. El Tribunal Supremo lo desestima: considera que hubo incumplimiento y no vicios ocultos.

²²⁷ Aunque sea *obiter dicta*, es interesante la SAP Badajoz, 3.ª, 9.10.2006 (Pte. Calderón Martín). Se había alquilado una máquina de fotocopiar para una empresa de carpintería. El arrendador, ante el impago repetido del arrendatario, ejercita una cláusula contractual de vencimiento anticipado y reclama el pago al arrendatario. Este se opone. En primera instancia se estima la demanda, lo que confirma íntegramente la Audiencia Provincial: «En efecto, para que prospere la excepción de incumplimiento contractual que alegó la demandada, con el objetivo de que se le exonerara totalmente de la obligación de pago cuyo cumplimiento se le exige, *debió demostrar la absoluta y total inhabilidad del objeto del contrato*, y tal acreditación no ha tenido efecto, pues, si bien podemos considerar probado que la copiadora se estropeó en varias ocasiones, también es cierto que la arrendadora cumplió, en todas y cada una de las ocasiones referidas, su obligación de reparar la máquina, a través del correspondiente servicio técnico, hasta que, finalmente la arrendataria se negó a que se siguiera efectuando la reparación o reparaciones que fueran procedentes. De ahí que no podamos llegar a la conclusión pretendida por el apelante, pues no sabemos si, finalmente, y a raíz de la intervención del servicio técnico, *la copiadora hubiera llegado a estar en condiciones de funcionamiento normalmente aceptables*. Tampoco conocemos el alcance concreto y preciso de las averías que tuvo la máquina (ninguna prueba pericial se ha aportado a tal efecto, como bien dice la sentencia apelada), y *si las mismas eran de tal entidad que no era posible su reparación, único supuesto en que podríamos hablar de inhabilidad del objeto entregado por la entidad arrendadora*. Y es también por este motivo por el que no podemos sostener con certeza que el haber concertado otro arrendamiento se deba, única y exclusivamente, a esa falta de idoneidad del objeto del contrato que se afirma por la apelante» (FD 2.º último párrafo; cursiva mía).

También es interesante la SAP Vizcaya, 3.ª, 18.6.2003 (Pte. Gutiérrez Gegundez) en la que, por no ser el vehículo entregado absolutamente inhábil (hacía un ruido bastante molesto), no se estimó la demanda del comprador de que el vendedor reparase el coche o asumiese, subsidiariamente, el pago de la indemnización de los daños irrogados al comprador. Según la Audiencia, *no procede la aplicación de los artículos 1101 y 1124 CC por la entrega de un aliud pro alio; califica el caso de vicios ocultos* y las acciones edilicias habían caducado. Señala: «(...) es lo cierto que la prueba practicada *no permite determinar la existencia en el vehículo de una absoluta inhabilidad ni absoluta situación de insatisfacción*, de hecho el perito informa que el vehículo de referencia se encuentra en buen estado, tanto de motor como de cambio de velocidades, *si bien y estando en punto muerto y arrancado presenta un ruido bastante molesto que desaparece, sigue manteniendo, que las velocidades entran perfectamente, igualmente señala que los problemas que describe con los ruidos y que analiza, no afectan a la seguridad aún cuando pueden afectar a las prestaciones.* En general, del informe del perito no se desprende como decimos la inhabilidad del vehículo, ni por ello puede entenderse en los términos del artículo 1124 C.c. tal y como han sido considerados el incumplimiento. Por lo cual, tal y como se recoge en la resolución recurrida, el plazo determinado en el artículo 1490 ha de ser aplicable y por tanto ha transcurrido, sin que exista ni pueda precisarse pacto prescriptivo en forma tácita ampliado» (FD 2.º *in fine*). El comprador había la garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU.

suele emplear para otras modalidades de incumplimientos resolutorios.

La doctrina del *aliud pro alio* está impregnada de su función inicial: trata de ser una válvula de escape para aquellos casos en los que existiendo un vicio oculto, el tiempo transcurrido impide al comprador ejercitar la acción redhibitoria. Esa válvula de escape trata de resolver *los casos más graves*. De ahí que desde su inicio la doctrina del *aliud pro alio* haya estado estrechamente ligada a la idea de gravedad. *Añádase*, que la exigencia de que el incumplimiento sea grave impregna asimismo la aplicación judicial del artículo 1124 CC²²⁸, incumplimiento que frustra el fin del contrato.

c) En la resolución del artículo 121 TR, el legislador *ha marcado el itinerario a seguir* (hoja de ruta). La función del Juez es constatar si ha quedado cubierto adecuadamente el requisito de la aplicación del remedio primario (reparación, sustitución) y si con el mismo no se ha satisfecho el interés del consumidor. En este caso queda abierta la vía de la resolución sin más límite que la falta de conformidad de escasa importancia, por disponerlo así el Texto Refundido.

En cambio, en el ámbito de aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, como en el campo del artículo 1124 CC, el Juez se enfrenta a la ardua tarea de determinar si el incumplimiento reúne o no suficiente gravedad a efectos del remedio de la resolución. Nuestro artículo 1124 CC responde al modelo judicial francés de resolución del artículo 1184 *Code civil*²²⁹. *La tarea de valorar la impor-*

²²⁸ *Supra* nota 2. Desde su análisis de Derecho comparado y a nivel general, TREITEL destaca cómo el incumplimiento resolutorio requiere de cierta gravedad; también destaca la oportunidad de concretar criterios guías que orienten a los Tribunales en sus decisiones: «The most important single principle used to control the remedy of termination in these and other similar situations is that the remedy is only available if the default attains a certain minimum degree of seriousness. This principle exists in one form or another in all the legal systems under discussion. It is usually stated in very vague general terms; and any attempt at precision is certainly foredoomed to failure. The delicate balancing of interests that is required in this area is pre-eminently a matter for judicial discretion, and not one that can be determined in advance by fixed rules. On the other hand judicial discretion has its obvious dangers in this as in other parts of the law. Where the default offends the susceptibilities of the court there is a danger that open-textured rules of law may simply conceal judicial indignation; and if termination is allowed (or recognised as effective) in such circumstances it may lead to serious injustice to the defaulting party./ It is therefore both useful and necessary to make some attempt to determinate in a general way what principles *guide* judicial discretion in this area; and this can best be done by considering a number of specific applications of the requirement of seriousness of default for the purposes of termination. After this attempts has been made, some exceptional cases will be considered in which termination is in principle available even though the default may not reach the degree of seriousness normally required. The hardship that may be caused in these cases to the defaulting party has in turn led to qualifications of the exceptions» [TREITEL (1976) s. 161 p. 126].

²²⁹ TREITEL destaca la amplia discrecionalidad del juez en la resolución del artículo 1184 *Code civil*: «French CC artículo 1184 simply lays down that, as a general rule, a judgment for termination must be sought. Under this provision, it is within the discretion

tancia del incumplimiento en la resolución del artículo 1124 CC es más difícil que la de verificar, en relación con la falta de conformidad del Texto Refundido si el cumplimiento ha resultado infructuoso o no podía llevarse a cabo por ser imposible o desproporcionado.

d) La STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela; *supra* [90] y [91]) es interesante, en cuanto que explicita un criterio a tomar en cuenta en la posible desvinculación del contrato: *si el defecto, que no impide el fin del contrato, es o no reparable*. Es cierto que en la sentencia, este criterio lo emplea el Tribunal Supremo para negar la calificación de incumplimiento y considerar el caso como vicio oculto. Pero, *en el vicio oculto*, el Tribunal Supremo analiza la gravedad del vicio empleando un similar criterio: niega el posible ejercicio de la redhibitoria porque el defecto podía subsanarse y no hacía a la cosa impropia para el fin al que se destinaba. Esto muestra que el Tribunal Supremo exige una importante gravedad del defecto o de sus consecuencias para que el comprador pueda desligarse del contrato.

En la falta de conformidad del Texto Refundido, si el vendedor no lleva a cabo el cumplimiento del contrato, en los casos en que este remedio es exigible, en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, *esté ya puede resolver el contrato* salvo que la falta de conformidad sea de escasa importancia.

trial judge whether he will order termination, grant a period of grace, or uphold the contract./ The court may even decide not to terminate the contract completely, but only in part, for example with respect to part of the goods due under a contract of sale but not delivered at the time when the buyer seeks termination. There is nothing in CC artículo 1184 which indicates how the discretion is to be exercised; and very little control is exerted by the reviewing courts./ No doubt here, as elsewhere, the judges of fact are subject to control if they apply wrong principles. But it is probably true to say that fewer «principles» control the exercise of discretion here than in relation to damages. Certainly some of the grounds which are said to control the remedy of termination in other systems have been held not to be grounds for controlling a decision to allow termination. It is, for example, generally not necessary to show that the failure in performance was such that the aggrieved party would, had he been able to foresee it, not have entered into the contract at all. On the other hand a decision which disregarded a provision in the Civil Code directing such a factor to be taken into account would clearly be subject to control by reviewing courts. Normally, the evaluation of the seriousness of the default and the decision whether it is serious enough to justify the termination is one with which these courts will not interfere. In other systems of law, greater attempts are made to formulate more specific principles as to the seriousness of default required for termination; (...)» [(1976) s. 163]. Hoy, sobre la resolución por incumplimiento del Derecho francés: MALAURIE/AYNÈS/STOFELL-MUNCK (2007) núm. 872-891 pp. 457-474; sobre el poder soberano del juez en la resolución del contrato y sobre su apreciación de la gravedad del incumplimiento: núm. 877 pp. 459-460, núm. 878 pp. 461-462, núm. 880 pp. 463-464.

La resolución del artículo 1124 CC responde al modelo judicial francés, pero es conocido que, desde hace años, el Tribunal Supremo admite la resolución extrajudicial o por voluntad unilateral del acreedor: SAN MIGUEL PRADERA (2004) pp. 305 ss.; FENOY PICÓN (2005) pp. 516-533.

IV. MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR: REFLEXIONES FINALES

[94] La determinación del alcance de la falta de conformidad de escasa importancia que impide la resolución tiene una mayor trascendencia que la de su concreta aplicación a la compraventa y demás contratos que el Texto Refundido de consumidores incluye (art. 115 TR; derogado artículo 2.II LG)²³⁰:

a) Pues, la conocida *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CC en materia de contrato de compraventa* de 2005 lo generaliza para la compraventa ordinaria (art. 1486 PACC²³¹).

b) En la reforma alemana del Derecho de obligaciones, se ha ido incluso más allá de la compraventa ordinaria y de la de consumo. En la regulación general del remedio de la resolución contractual, se establece para el caso en que el deudor no ejecute la prestación de acuerdo con el contrato, que no puede resolverse por algo insignificante (§ 323.V.2 BGB). Se discute el alcance de esta norma²³².

c) Finalmente, en el Derecho positivo español puede discutirse, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la regla del artículo 121 TR a los arrendamientos de bienes muebles en que interviene un consumidor²³³.

²³⁰ FENOY PICÓN (2006) [48] pp. 142-148; sobre el contrato de obra, en particular la nota 94; sobre el arrendamiento *infra* nota 236.

²³¹ Artículo 1486 PACC: «El comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia».

²³² *Supra* nota 191.

²³³ CÁMARA LAPUENTE plantea la aplicación del régimen de la falta de conformidad del Texto Refundido al arrendamiento de bienes muebles de consumo. Entiende que no es posible, desde luego no de manera directa. Destaca, asimismo, la conveniencia de una reforma. En concreto: «La concentración del Derecho de consumo fundamentalmente en el contrato de compraventa, descuidando la protección de otros tipos contractuales como el arrendamiento, hace que a primera vista *no le sean de aplicación (al menos directa) los mecanismos para garantizar la conformidad con el contrato propios del consumidor; esto es, las llamadas garantías en la venta de bienes de consumo estatuidas en los artículos 114-125 TRLGDCU* (y antes en la Ley 23/2003), a diferencia de lo que ocurre en algunos otros países comunitarios, (...). En mi opinión, el régimen de los artículos 114-124 TRLGDCU no parece ser de aplicación directa a los arrendamientos de consumo, puesto que esa normativa (...) se circunscribe a la compraventa de consumo (...) y al contrato de obra (*ex art. 115 TRLGDCU*). Si el legislador desea ampliar estas normas que contienen un régimen especial respecto al general del saneamiento y del cumplimiento del contrato del CC, debería hacerlo expresamente, como han hecho otros legisladores al transponer la Directiva comunitaria de garantías incluyendo los arrendamientos mobiliarios de consumo; de no ser así la propia interpretación conforme con la Directiva (en cuyo contexto la doctrina europea es concorde en señalar que no se quiso comprender el arrendamiento) parece indicar que estos contratos no están sometidos a tal régimen especial» [(2008) pp. 229-230]; «En conclusión no parece que los artículos 114-125 TRLGDCU, en el actual estadio legislativo, sean de aplicación directa al arrendamiento mobiliario de

En definitiva, la regla de que no puede resolverse por una falta de conformidad de escasa importancia del artículo 121 TR y de su contraria, va más allá de la contratación con consumidores; induce, además, a reflexionar, hoy, sobre la resolución del artículo 1124 CC, en su aplicación judicial.

[95] Finalmente, puede afirmarse que el Derecho español no parece alejarse de aquellos textos de Derecho privado europeo en los que es menor el nivel de exigencia para la resolución de la compraventa en la que interviene un consumidor, que la que se requiere para la resolución de la compraventa ordinaria, por la falta de conformidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la compraventa y de la promesa de la promesa de venta*, tomo II, volumen I, (2003), Santiago-Chile.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.^a ed., (2003), Granada.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los Principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho Civil*, (2008), pp. 211-239. Cit. (2008-A).

— «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. Díaz Romero, M.^a del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.^a del Pilar/Rodríguez Guitián, Alma María/Rodríguez Martínez,

consumo. Sería deseable, sin embargo, que el legislador tomase en consideración la posibilidad de extender su ámbito a este contrato, en su caso con las debidas adaptaciones, como se ha hecho en otros países como Italia o Portugal, o con un régimen de conformidad *ad hoc* para el arrendamiento como el que se diseña en el DCFR europeo de 2008. Es cierto que, de hecho, aunque con esfuerzo hermenéutico, pueden conseguirse en la mayoría de los casos soluciones similares a los derechos consagrados a favor del consumidor que compra un bien de consumo (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución, artículo 118 TRLGDCU) a partir de los preceptos específicos del arrendamiento (arts. 1153, 1556, 1558.2 y 1568 CC), de los propios del saneamiento en la compraventa (arts. 1474-1499 CC) y de los generales sobre obligaciones en el CC (arts. 1124, 1101, etc.); pero, sin duda, el ordenamiento jurídico español ganaría en seguridad jurídica en caso de producirse una tal reforma legislativa que contemplase *expressis verbis* el régimen de conformidad del arrendamiento mobiliario de consumo (en el TRLGDCU, en las normas del CC sobre arrendamiento o en una ley especial sobre estos alquileres). Mientras tanto, no cabe descartar que se vaya abriendo paso en la jurisprudencia una *aplicación analógica* del régimen de conformidad en las compraventas de consumo a los arrendamientos mobiliarios de consumo, a partir de las concomitancias entre compraventa y arrendamiento, como refuerzo interpretativo en la aplicación de las citadas soluciones del CC en materia de saneamiento e incumplimiento en el contrato de arriendo» [(2008) pp. 231-232]; en nota 149 p. 229, expone las opiniones de M. J. Marín López, Fuenteseca Degeneffe y Avilés García; en las pp. 230-231, expone y critica argumentos esgrimidos a favor de la aplicación directa de la falta de conformidad del Texto Refundido al arrendamiento de bienes muebles.

- M.^a Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), Cizur Menor (Navarra), pp. 49-157. Cit. (2008-B).
- AUBERT DE VINCELLES, Carole/MACHNIKOWSKI, Piotr/PISULINSKI, Jerzy/ROCHFELD, Judith/SZPUNAR, Maciej/ ZOLL, Fryderyk [Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)]: «Comentario del artículo 7:101», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of the Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 255-261.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, (2006), Granada.
- BALDUS, Christian: «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa importancia»», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 1611-1640.
- BEALE, Hugh: «The future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, (2007-3), pp. 257-276.
- *Remedies for Breach of Contract*, (1980), London.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, (1987), Madrid, pp. 141-158.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario de 23 de mayo de 1991: Protección del consumidor. Garantía del fabricante; plazo de ejercicio de la acción (caducidad); indemnización (incongruencia)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, (1991), pp. 603-612.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario del artículo 25», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, (1998), Madrid, pp. 211-222.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «STS de 25 de septiembre de 2003: Acción *quanti minoris*. Efectos. Compatibilidad con acción de indemnización por daños y perjuicios», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, (2004), pp. 905-918.
- CALVO, Roberto: *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II, Il regimen delle «garanzie» nelle vendite al consumo*, (2007), Napoli.
- CAMARA LAPUENTE, Sergio: *El Arrendamiento de Bienes Muebles*, (2008), Cizur Menor (Navarra).
- CAPILLI, Giovanna: «Las garantías en la venta de bienes de consumo», traducción de M.^a Teresa Álvarez Moreno, *Anuario de Derecho Civil*, (2007), pp. 1679-1728.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, (2005), Madrid.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1998), Valencia.
- COSTAS RODAL, Lucía: «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, (2004-II), pp. 2045-2079.
- CRISTOFARO, Giovanni: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, (2000), Padova.
- DE LA HAZA DÍAZ, Pilar: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (1996), Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario de la STS de 18 de marzo de 2004: Vivienda vendida entre particulares con vicio de aluminosis. Acumulación

- eventual de la acción estimatoria, como principal, y de la anulatoria por error o dolo, como subsidiaria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, (2004), pp. 1357-1388.
- *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y Cuasicontratos*, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida/Luna Serrano/Delgado Echeverría/Rivero Hernández, 2.ª ed. (1986), Barcelona.
- DELL'AQUILA, Enrico: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, (1981), Salamanca.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., (2008), Cizur Menor (Navarra); también, para la resolución, *Los incumplimientos resolutorios*, (2005), Cizur Menor (Navarra).
- EBERS, Martin: «Comentario de los artículos 1:201 y 1:202», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 23-34.
- «¿Quién es consumidor?», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 229-238.
- ERNST, Wolfgang: «§ 325», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band 2 a, 4. Auflage, (2003) München.
- EIDENMÜLLER, HORST/FAUST, Florian/GRIGOLEIT, Hans Christoph/JANSEN, Nils/WAGNER, Gerhard/ZIMMERMANN, Reinhard: «The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, (2008), vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, ed. Miquel Martín Casals, (2008), Cizur Menor (Navarra).
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio de la acción de resolución de los contratos por incumplimiento», *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al prof. Mariano Alons Pérez*, tomo I, (2006), pp. 613-635.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Comentario de la STS de 17 de enero de 2008: Compra-venta internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad [comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo]; desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, (2008), pp. 1299-1399.
- *El sistema de protección del comprador*, (2006), Madrid.
- «Comentario de la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo/agosto, (2005), pp. 509-555.
- «Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1.ª 9.ª LGDCU», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2001), pp. 2449-2511; también: «Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 9.ª)», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, (2002), Madrid, pp. 1101-1150.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, (1996), Madrid.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Eugenia: «El saneamiento en las ventas de bienes de consumo», *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, (2008), pp. 588-610.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi civil*, (1997-I), pp. 51-85.
- FERRARI, Franco: «The CIGS and its Impact on national Legal Systems — General Report», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari, (2008), Munich, pp. 413-480.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Spain», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari, (2008), Munich, pp. 273-280.
- «Comentario del artículo 11 LGDCU», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, (1992), pp. 355-393.
- HEUTGER, Viola/JELOSCHKE, Christoph: «Towards Principles of European Sales Law», *Towards a European Civil Code*, (2004), 3.^a ed., pp. 533-550.
- HONDIUS, Ewoud/HEUTGER, Viola/JELOSCHKE, Christoph/SIVESAND, Hanna/WIEWIORSKA, Aneta: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, (2008). La traducción de los PEL S al español por Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI.
- HONNOLD, John: «Comentario del artículo 25», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 236-241.
- «Comentario del artículo 48», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 338-344.
- «Comentario del artículo 49», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 345-352.
- JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard: «Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the «Principles of the Existing EC Contract Law», *M.L.R.*, (2008), vol. 71, núm. 4, pp. 505-534.
- JELOSCHKE, Christoph: *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, How far should we go in protecting the consumer?* (2006), Munich.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del CC*, (1992), Madrid.
- LANDO, Ole: «My life as a lawyer», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (2002-3), pp. 508-522.
- LANDO, Ole/BEALE, Hugh (ed.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, (2000), Netherlands.
- LEIBLE, Stefan: «Vías para la unificación del Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 1589-1609.
- «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», traducción de Rosa Miquel Sala, *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, cords. Díaz Romero, M.^a del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.^a del Pilar/Rodríguez Guitián, Alma M.^a/Rodríguez Martínez, M.^a Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), Cizur Menor (Navarra), pp. 221-249.

- LLÁCER MATAACÁS, Rosa María: *El saneamiento por vicios ocultos: su naturaleza jurídica*, (1992), Barcelona.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: *La protección frente a los gravámenes ocultos*, (2008), Valencia.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario del artículo 48», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez Picazo y Ponce de León, (1998), pp. 427-434.
- «Comentario del artículo 49», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez Picazo y Ponce de León, (1998), pp. 435-444.
- MALAUURIE/AYNÈS/STOFELL-MUNCK: *Les obligations*, 3e. éd., (2007).
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario del artículo 1479 CC», *Comentarios al CC español*, tomo X, (1905), Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Actualidad Civil*, segunda quincena de junio de 2007, núm. 12, pp. 1381-1403.
- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44 y su incorporación en los Estados miembros*, tomo I, (2004), Madrid.
- MARKESINIS, Basil S./UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.^a ed., (2006).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: *Evicción parcial en la compraventa en el CC español*, (2004), Madrid.
- «Comentario de la STS de 21 de octubre de 2005: Aliud pro alio versus vicios ocultos en la compraventa mercantil de cosa genérica (aceite de oliva)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, (2006), pp. 1101-1122.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes. Análisis comparado de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, (2007), Barcelona.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Comentario del artículo 1124 CC», *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del CC, dir. Manuel Albadalejo, (1989), Madrid, pp. 1171-1255.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, (2006), Cizur Menor (Navarra), pp. 55-92.
- «La resolución del contrato», L. Díez-Picazo/E. Roca Trías/A.M. Morales, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, (2002), Madrid, pp. 349-368.
- «Comentarios de los artículos 1484 ss.», *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, dir. Cándido Paz-Ares/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, (1993), Madrid, pp. 953.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, (1980), pp. 585-686.
- MOSCO, Luigi: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción y notas de la 1.^a ed. italiana, con un Apéndice sobre «La condición resolutoria tácita» (Artículo 1124 del CC) por José J. Pintó Ruiz, Barcelona.
- ORTI VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, (2002), Granada.
- *La protección del comprador*, (1987), Granada.

- PEÑA LÓPEZ: *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, Busto Lago/Álvarez López/Peña López, 2.ª ed., (2008), Cizur Menor (Navarra).
- *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, Busto Lago/Álvarez López/Peña López, 1.ª ed., (2005), Cizur Menor (Navarra).
- PERALES VISCASILLAS, M.ª Pilar: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coord. M.ª Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/M.ª Pilar Pérez Álvarez/Alma M.ª Rodríguez Guitián/M.ª Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 453-500.
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS/ALGUER, JOSÉ: *Anotaciones a la obra de Tratado de Derecho civil*, por Ennecerus/Kipp/Wolf, «Derecho de obligaciones».
- PFEIFFER, THOMAS/EBERS, MARTIN: «Comentario del art. 2:102», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 68-71.
- PINTO RUIZ, JOSÉ J.: «Apéndice II sobre «La condición resolutoria tácita» (Artículo 1124 del CC)», en Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción y notas de la 1.ª edición italiana.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2008), Munich.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2009).
- *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, (2004), Roma.
- *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CC en materia de contrato de compraventa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124 de este Boletín.
- *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CCO en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 203-216 de este Boletín.
- REPRESA POLO, PATRICIA: «Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad», *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, coord. Silvia Díaz Alabart, (2006), Madrid, pp. 133-176.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007).

- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Comentario de la STS de 22 de abril de 2004: Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. Aliud pro alio. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universidad de cosas o en globo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, (2005), pp. 183-196.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Aranzadi Civil*, (2003-II), Parte Tribuna, pp. 1883-1885.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, (2004), Madrid.
- SCAEVOLA, Q. Mucius: «Comentario del artículo 1479 CC», *CC concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, (1906), Madrid.
- «Comentario del artículo 1484 CC», *CC concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, (1906), Madrid.
- SCHULZE, Reiner: «Estado actual de los debates sobre el marco común de referencia», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, cords. Díaz Romero, M.^a del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.^a del Pilar/Rodríguez Guitián, Alma M.^a/Rodríguez Martínez, M.^a Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), Cizur Menor (Navarra), pp. 407-428.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans/TWIGG-FLESNER, Christian/EBERS, Martin (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, (2008), Munich.
- SCHWENZER (Ponente): «Opinión núm. 5: el derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes», en «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías», *Anuario de Derecho Civil*, (2008), fascículo III.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: *Entrega de cosa distinta a la pactada*, (2006), Cizur Menor (Navarra).
- SIVESAND, Hanna: *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there Free Choice or are Restrictions Necessary?*, (2005), München.
- STAUDENMAYER, Dirk: «The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees — a Milestone in the European Consumer and Private Law», *European Review of Private Law*, (2000-4), pp. 547-564.
- TREITEL, Guenter H.: «Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in general*, Part 2, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, (ed. de 2008), Chapter 16 pp. 3-152 (año 1976 para el Chapter 16).
- TROIANO, Stefano: «The CISG's Impact on EU Legislation», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, (2008), Munich, pp. 345-411.
- TWIGG-FLESNER, Christian/WILHELMSSON, Thomas: «Comentario del art. 2:201», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 76-80.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (2008-3), pp. 534-548.

- VENEZIANO, Anna: «A Common European Law on Sales?», *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference, Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, ed. Antonio Vaquer, (2008), Groningen.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, (2004), Elcano (Navarra).
- VÉRGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, (2004), Cizur Menor (Navarra).
- WILL, Michael: «Comentario del artículo 25», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, (1987), Milan, pp. 205-221.
- «Comentario del artículo 48», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, (1987), Milan, pp. 347-358.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Valor de la Jurisprudencia en la societat contemporània», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007-1, pp. 9-32.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el Derecho alemán de la compraventa», *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Esther Arroyo i Amayuelas, (2008 de la traducción esp.), Barcelona, pp. 87-137. También, «The Development of Liability for Non-conformity in German Sales Law», *The new German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, (2005), pp. 79-121.