

La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendendor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa*

JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS**

Sumario: 1. Introducción. II. En particular sobre el derecho del comprador a la corrección del incumplimiento/"derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento en la nueva disciplina de la compraventa en el derecho alemán. III. Sobre los fundamentos tras el "derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento: la reforma alemana y la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG). IV. Otros modelos del derecho comparado. V. Una reflexión conclusiva: los modelos del derecho comparado y los remedios en materia de vicios ocultos en Colombia

Resumen

El presente escrito pretende demostrar, con base en el estudio de la reforma alemana sobre la compraventa, la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y otros modelos del derecho comparado, que el régimen de vicios materiales contenido en los códigos Civil y de Comercio colombianos, moldeado sobre las acciones edilicias del derecho romano, probablemente comienza a revelar algunas deficiencias, dado que si bien dichas acciones respondían a la realidad socioeconómica de aquel momento histórico, en el cual los vicios por su naturaleza

* Este trabajo fue realizado durante la estancia de investigación que, gracias a la Universidad Externado hice en el Max Planck Institut de Derecho Comparado y Derecho Internacional privado de Hamburgo, en el invierno 2008-2009, motivo por el cual quiero renovar mi gratitud a la Universidad Externado de Colombia en cabeza del profesor FERNANDO HINESTROSA por su apoyo, así como al profesor R. ZIMMERMANN por haberme facilitado el acceso a la biblioteca del instituto.

** Candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia y actualmente investigador en el Max Planck Institut de Hamburgo.

Fecha de recepción del artículo: marzo de 2009. Fecha de aceptación: agosto de 2009.

eran físicamente insubsanables y los bienes vendidos estaban determinados como cosa cierta, hoy en cambio la producción en masa conduce a que los productos disponibles en el mercado sean en gran parte reemplazables y, debido a su complejidad técnica y tecnológica, también reparables; de donde se sigue que, en caso de vicios de la cosa vendida, un remedio más conforme con la sociedad actual pudiera ser el de conceder, como primera opción, un derecho al vendedor de corregir su incumplimiento, lo cual se verificaría, a elección del comprador, mediante la sustitución del bien defectuoso o mediante la reparación del defecto, frustrado lo cual el comprador podría pasar a ejercer las llamadas pretensiones "secundarias", esto es, la resolución del contrato, la reducción del precio o el denominado resarcimiento de daños. En la consecución de tal objetivo, se expondrán los rasgos característicos del nuevo esquema alemán sobre la materia, así como algunos de los problemas más relevantes que éste ha traído consigo, intentando brindar elementos sobre los fundamentos y las técnicas que se encuentran detrás de las decisiones tomadas, que serán luego comparadas con las adoptadas por la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y otros modelos del derecho comparado, para concluir con una reflexión sobre algunos aspectos relevantes con los cuales esos modelos podrían contribuir para un análisis de la disciplina en Colombia.

Palabras clave: compraventa, vicios ocultos, garantía de saneamiento, *derecho* al saneamiento, derecho comparado, derecho alemán.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma del derecho alemán de las obligaciones que entró en vigencia en el año 2002 se introdujeron cambios notables en el régimen de la compraventa, siguiendo los lineamientos indicados por la Directiva europea 99/44/CE¹. Sin embargo, mientras que la directiva limitó su ámbito de aplicación a la venta de bienes de consumo, en Alemania se optó por una reforma global, extendiendo las exigencias de la directiva a todo tipo de compraventa².

- 1 Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo Europeo del 25 de mayo de 1999 sobre algunos aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo.
- 2 REINHARD ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford U. Press, 2005, 97 (N. B. De esta obra se ha publicado recientemente una traducción al español: *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado* [trad. esp. ESTHER ARROYO I AMAYUELAS], Bosch, 2008; todas las citaciones se toman del original en inglés); PETER HUBER/MARKUS ALTENKIRCH. "Buyer's Right to Cure?", en *European Review of Contract Law*, 4, 2008, 540 y ss.; DAGMAR KEISER. "Leistungsstörungen", en *Eckpfiler des Zivilrechts. Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlín, Sellier-De Gruyter, 2008, 313 y ss. Una decisión que no fue acogida en todos los países. En Italia, por ejemplo, se optó por una implementación ceñida al ámbito de la directiva, esto es, limitada al ámbito de la venta de bienes de consumo (Código del consumo, título III, "Garantía legal de conformidad y garantías comerciales para los bienes de consumo", arts. 128 a 135). Una visión general de algunos modelos de implementación en Europa se encuentra en

Los cambios introducidos en esta materia se encuentran enmarcados en la reforma del régimen general del incumplimiento de las obligaciones, también modificado en la misma ocasión. Uno de dichos cambios consistió en integrar en la medida de lo posible el régimen de vicios materiales en el régimen general del incumplimiento, de forma similar a como está regulado en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CISG)³. De esta manera, como la entrega de un bien que padece de un vicio material es considerada una hipótesis más de violación de las obligaciones del vendedor (*Pflichtverletzung*), el comprador tiene también en este caso una pretensión de (corrección del in-) cumplimiento. A pesar de ello, el régimen de vicios materiales en la compraventa sigue conservando ciertas particularidades respecto del régimen del incumplimiento en general, pues al menos en el caso de las pretensiones de reducción del precio y de resolución del contrato –que, como se expone, ahora son pretensiones “secundarias”– no se exige el requisito de la culpa que gobierna el régimen del incumplimiento en general⁴.

HEINZ-PETER MANSEL. “Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts”, en *AcP*, 204, 2004, 396 y ss. Cfr. también las observaciones *infra*, nota 84.

- 3 Una coincidencia que muestra claramente la tendencia internacional en esta materia, si se tiene en cuenta que, por una parte, la CISG se aplica a contratos comerciales internacionales, excluyendo expresamente los contratos con el consumidor, y por otra, la Directiva 99/44/CE fue expedida para compraventa de bienes de consumo. A pesar de los dos ámbitos de aplicación, las similitudes existentes son evidentes. Sobre la CISG como modelo de la directiva, ver, por ejemplo, R. ZIMMERMANN (nota 2), 97; 119; STEFAN GRUNDMANN. “Introduction”, en M. BIANCA/S. GRUNDMANN (eds.). *EU Sales Directive. Commentary*, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2002, 17 y ss. Ver también *infra* IV y nota 83.
- 4 Para otras particularidades, ver *infra*, nota 23 y texto correspondiente. Con la reforma también se configuró un intrincado sistema de resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento en general y que aplica para el caso de los vicios materiales debido a la integración de los dos regímenes. A grandes líneas, en el régimen del incumplimiento se distinguen tres tipos de resarcimiento: el denominado resarcimiento de daños en lugar de la prestación (*Schadenersatz statt der Leistung*), resarcimiento de daños “simples” (*einfacher Schadenersatz*) y resarcimiento de daños por retraso en el cumplimiento. Lo que el derecho alemán denomina resarcimiento de daños en lugar de la prestación se trata de la pretensión del subrogado pecuniario a la que se suma el resarcimiento de daños. En el caso de un incumplimiento derivado de la presencia de un vicio material se da la posibilidad de pedir la diferencia entre lo que se pagó y el precio real del bien (*Kleine Schadenersatzanspruch*), además de los daños y expensas derivadas, p. ej., de reparaciones, dictámenes para la determinación del vicio, pérdida de uso durante la reparación, lucro cesante derivado del vicio. O también puede el comprador optar por el denominado resarcimiento de daños “mayores” (*große Schadenersatzanspruch*), que equivale a la resolución del contrato más indemnización de los perjuicios. Así mismo, se entienden comprendidos los daños que no se habrían causado si el vendedor hubiera saneado el vicio dentro del plazo posterior para la corrección del incumplimiento. El resarcimiento de los daños simples se diferencia del resarcimiento de los daños en lugar de la prestación en cuanto estos últimos hubieran podido ser eliminados si se hubiera corregido el incumplimiento; los primeros se hubieran en todo caso presentado. Esta diferencia es relevante en cuanto para poder pedir el resarcimiento de los daños en lugar de la prestación es necesario que se haya fijado sin éxito un plazo al vendedor para

Más allá de esas diferencias, lo cierto es que al elevar claramente la entrega de la cosa libre de vicios a contenido del deber de prestación (§ 433 I del código civil alemán [BGB])⁵ y al integrar su disciplina al esquema de remedios del incum-

la corrección de su incumplimiento; en el caso de los daños simples, no. En principio, para la indemnización de los daños se exige el requisito de la culpa (si el comprador quiere optar por el resarcimiento del daño en lugar de la prestación de conformidad con el § 437 III del BGB, que reenvía al § 280 I y 281 I del BGB; el § 280 I contiene el principio de la culpa [*Vertretenmüssen*]: "Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir el resarcimiento del daño que de ello resulta. Esto no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber"). Claro está, el presupuesto de la culpa ha sido "objetivizado", pues, por una parte, hay una inversión de la carga de la prueba y es el deudor quien debe probar que no es responsable por el incumplimiento; por otra, el deudor ya no sólo es responsable por culpa, pues un tipo de responsabilidad más estricta puede ser deducida del contenido de la obligación, en especial por la asunción de una garantía o de un riesgo de adquisición, de acuerdo con el § 276 I 1 del BGB; al respecto, ver ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 50 y ss. Así, por ejemplo, se afirma que en el caso de la venta de bienes de género, es del vendedor el riesgo de adquisición por la naturaleza de la obligación de género (§ 247 del BGB "[...] debe prestar una cosa de clase y calidad medias") dentro del que se entiende incluido que la cosa está libre de vicios, por lo que en este caso no importa si existe o no culpa del vendedor (así, CLAUS-WILHEIM CANARIS. "Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts - Grundstrukturen und Problemschwerpunkte", en EGON LORENZ [ed.]. *Karlsruher Forum 2002: Schulrechtsmodernisierung*, Karlsruhe, 2003, 40 y ss.). En general, antes de la reforma se discutía si el caso de un bien con vicios materiales debía ser considerado un problema de incumplimiento o si por el contrario daba lugar a la activación de una garantía legal por la cual el vendedor debía responder. Sobre esta lucha entre la teoría de la garantía y la teoría del incumplimiento, HORST EHMANN/HOLGER SUTSCHET. *La reforma del BGB* (trad. al esp. C. LÓPEZ DÍAZ y U. SALACH DE SÁNCHEZ), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 245. Los promotores de la reforma se inclinaron por la teoría del incumplimiento. Sin embargo, como lo indican los mismos autores, y no sin razón, si bien formalmente con la reforma se integró el régimen de vicios ocultos en el régimen general del incumplimiento, la verdad es que por otra parte "las consecuencias jurídicas ligadas a la violación objetiva del deber de prestación representan finalmente una responsabilidad por garantía, pues ellas no presuponen un comportamiento culpable del vendedor" (pp. 246 y ss.). En el mismo sentido CLAUS-WILHEIM CANARIS, *ult. ob. cit.*, 70 y ss., quien además considera que dentro de la nueva reforma se puede identificar un momento del "paso del estado del cumplimiento al de la garantía" dependiendo de cómo se configure el incumplimiento. Así, por ejemplo, "el comprador puede evitar el paso del estado del cumplimiento al de la garantía al negarse a aceptar la cosa" (p. 74). Sobre la discusión del problema en Italia, ver ELENA CORSO. *Della vendita dei beni di consumo*, Bolonia-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 2005, 47 y ss., 101 y ss. Para una comparación de las características del sistema de la garantía y de la responsabilidad por incumplimiento, ver ADOLFO DI MAJO. "Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo", en *Europa e diritto privato*, 2002, 1 y ss.

- 5 § 433 del BGB: "Deberes contractuales típicos en el contrato de compraventa. Por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de una cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la misma. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de vicios materiales y jurídicos" (N. B. Las traducciones de las disposiciones del BGB se han realizado apoyado en la traducción al español editada por A. LAMARCA MARQUÉS, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008). D. KAISER, "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 315. Con la reforma se ha previsto una regulación escalonada para la determinación de la existencia del vicio: En primer lugar, la existencia del vicio se debe determinar en relación con lo pactado por las partes (criterio subjetivo); sólo en un segundo momento se debe recurrir a criterios objetivos (§ 434 de BGB). Sobre el concepto de vicio de acuerdo

plimiento en general, se abrió el camino a la superación del régimen vigente antes de la reforma, fruto de un desarrollo basado en las acciones edilicias del derecho romano (*actio redhibitoria* y *actio quanti minoris*), que en caso de determinados vicios sólo daba al comprador las opciones de la resolución del contrato o de la reducción del precio de la venta⁶. En efecto, el régimen de los vicios ocultos que fue adoptado a finales del siglo XIX en el BGB estaba moldeado sobre dichas acciones que eran muy particulares y que buscaban proteger al comprador dentro de un contexto bastante peculiar y definido⁷. De especial relevancia resultaba el hecho

con el nuevo régimen, ver EHMANN/SUTSCHET. *La reforma del BGB*, cit. (nota 4), 247 y ss.

- 6 REINHARD ZIMMERMANN. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (trad. al esp. J. RODRÍGUEZ OLMOS) (Bogotá, Universidad Externado de Colombia por publicarse, 46 y ss.) hace ver cómo este es uno de los casos más notorios en los que el derecho moderno es prisionero de la historia, prisionero de unos esquemas que ciertamente funcionaban en el derecho romano, pero que son poco funcionales en una economía moderna. Y es una muestra de la utilidad de la comprensión de la historia que se esconde detrás de los conceptos que seguimos manejando de forma inconsciente en la actualidad, comprensión que puede contribuir a la revisión de esos esquemas heredados en cuanto ya no resulten apropiados o suficientes.
- 7 Señala R. ZIMMERMANN (*The New German Law of Obligations*, cit. [nota 4], 82) que las acciones edilicias fueron establecidas para bienes 1. que eran vendidos regularmente en mercados públicos; 2. que eran propensos a sufrir de vicios que no eran detectables incluso por un comprador atento; 3. que eran ofrecidos en venta por personas que tenían una dudosa reputación. A parte de estos remedios, originalmente la *actio empti* sólo podía interponerse en los casos en los que el vendedor hubiera actuado de tal forma que el no hacerlo responsable habría entrado en conflicto con la buena fe y en los casos en los cuales el vendedor al celebrar la compraventa hubiera asegurado al comprador que el bien estaba libre de determinados o de todo vicio, o que poseía determinadas calidades. Poco a poco el ámbito de aplicación de la *actio empti* se extendió acudiendo a la flexibilidad derivada de la cláusula *ex fide bona*; así, por ejemplo, se reconoce que a partir de la jurisprudencia augustea se admitía la *redhibitio* con base en la *actio empti* (*actio empti ad resolvendam emptionem*) para obtener la resolución del contrato en el caso de un vicio que hiciera que la cosa no fuera idónea para su uso normal, mientras que ya por lo menos desde la edad adrianea el comprador de buena fe podía interponer la *actio empti* también contra el *dominus ignorans* de un vicio, con el fin de recomponer el equilibrio buscado con el principio de la interdependencia de las prestaciones (al respecto, NUNZIA DONADIO. "Azione edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell' 'emptio venditio'", en L. GAROFALO [ed.]. *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padua, Cedam, 2007, 457 y ss.; LETIZIA VACCA. "Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica", en ÍD. [ed.]. *Il contratto inadempito*, Turín, Giappichelli, 1999, 45 y ss.). Gradualmente se comenzó una incorporación de los remedios edilicios en la *actio empti*; en un principio, frente a vicios de la cosa esta última aparece concedida en las fuentes para hipótesis a las que no fueran aplicable la *actio redhibitoria* edilicia, de allí que se haya afirmado que tenía una función subsidiaria frente a esta última, al menos durante toda la época clásica. La protección concedida por medio de la *actio empti* frente a vicios de la cosa (dependiendo de las circunstancias el comprador podía exigir la resolución del contrato o la reducción del precio) de acuerdo con las fuentes fue siempre concedida frente a lagunas de la disciplina edilicia; con el tiempo, estos últimos fueron recibidos por el *ius civile*; así también, JORGE ADAME GODDARD. "La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanista", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 55, 1986, 31; más detalladamente, REINHARD ZIMMERMANN. *The law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, Ciudad del Cabo-Wetton-Johannesburgo, Juta & Co., 1990, 309 y ss., 319 y ss.

de que en el marco de la compraventa romana estos remedios edilicios habían sido pensados originalmente para la venta de especies⁸, por lo que la posterior extensión de estas soluciones a la venta de cosas de género necesariamente condujo a inconsistencias y perplejidades⁹. De allí que en la nueva disciplina se haya tomado como modelo la venta de cosas de género, extendiéndolo en lo pertinente a la de cosas específicas¹⁰.

Obviamente, la implementación de esta nueva disciplina no ha estado libre de dificultades, en particular debido a que con la reforma se configuró indirectamente un "derecho" del vendedor a una oportunidad para sanear su incumplimiento. Objeto del presente escrito será exponer los rasgos característicos de este nuevo esquema, así como algunos de los problemas más relevantes que ha traído consigo (II), intentando brindar elementos sobre los fundamentos y las técnicas que se encuentran detrás de las decisiones tomadas en la reforma alemana mediante una comparación con aquellas usadas en la CISG (III), reforzando el reconocimiento de estos elementos con ejemplos de otros modelos del derecho comparado (IV), para luego concluir con una reflexión sobre algunos aspectos relevantes con los cuales

- 8 Se debe tener en cuenta que debido a la estructura de la *emptio venditio* romana, si bien era posible vender cosas de género, estas cosas en realidad terminaban siendo especificadas al momento de la celebración del contrato, por lo que en estricto sentido "la *emptio venditio* meramente genérica era desconocida en el derecho romano" (así, R. ZIMMERMANN, *ult. op. cit.*, 236). Esto no significa que no fuera posible un negocio de este tipo, pero para ello se recurría a otras figuras (cláusulas penales, *stipulationes*, entre otros, al respecto ver ÍD., *ult. op. cit.*, 238; ÍD. *The New German Law of Obligations*, cit. [nota 2], 85 y nota 36). Las acciones edilicias que marcaron el desarrollo de la disciplina de los vicios ocultos se encontraban moldeadas con base en la venta de cosas específicas.
- 9 Sobre la situación en el antiguo régimen del BGB, ver ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 90 y ss. En el antiguo régimen en caso de un vicio material el comprador sólo tenía derecho a la reducción del precio o a la resolución del contrato (§ 462 v. a. del BGB). Si la entrega de un bien defectuoso se hubiera considerado una hipótesis normal de incumplimiento, el comprador sólo hubiera podido desistir del contrato o exigir la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, después de fijar sin éxito un plazo adicional para que el vendedor cumpliera su obligación primaria (de conformidad con el § 326 I v. a. del BGB). Si se trataba de cosas fungibles, además de la posibilidad de reducción o de resolución, se le concedía al comprador la de exigir la sustitución por un bien libre de vicios; sin embargo, ninguna de estas opciones era prioritaria, todas eran de elección alternativa para el comprador, de manera que éste podía ejercer cualquiera (§ 480 v. a. del BGB). Esto configuraba una posición del comprador notablemente superior a la del vendedor y un régimen excesivamente desventajoso para este último, ya que aunque estuviera dispuesto a reparar o incluso a sustituir el bien defectuoso, el comprador podía optar por la acción redhibitoria (de hecho, este es una de los cambios esenciales de la reforma, en cuanto ahora el vendedor también tiene un "derecho" al cumplimiento posterior, así, FLORIAN FAUST, en H. G. BAMBERG/ H. ROTH. *Kommentar zum BGB*, t. I, 2003, § 440, n.º 2, 1660).
- 10 ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 98. Advierte el autor que "los redactores del nuevo código incluso fueron más allá y consideraron redundante la distinción entre la venta de especies y de géneros", pero "toda vez que esta no se trata de una categoría jurídica arbitraria sino que está basada en la forma como las partes configuran el contenido de su negocio", la distinción también sigue siendo relevante en el nuevo esquema del BGB.

esos modelos pueden contribuir para un análisis de la disciplina en Colombia (IV). En general, con el presente escrito se buscará introducir algunos elementos de discusión recurrentes en el derecho comparado en el tema de los remedios o mecanismos de protección en caso de vicios materiales, limitándose a encuadrar el "derecho" del vendedor a una oportunidad para sanear su incumplimiento en ese contexto; en consecuencia, no se entrará en los detalles de los remedios concretos, así como tampoco se analizarán los presupuestos que determinan la existencia de un vicio material¹¹.

II. EN PARTICULAR SOBRE EL DERECHO DEL COMPRADOR A LA CORRECCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO/"DERECHO" DEL VENDEDOR AL SANEAMIENTO DE SU INCUMPLIMIENTO EN LA NUEVA DISCIPLINA DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO ALEMÁN

Con el nuevo régimen atado a la disciplina del incumplimiento en general, la venta de un objeto que padece vicios materiales da entonces al comprador el derecho a exigir el debido cumplimiento, derecho que, en líneas generales, quedó configurado de la siguiente manera: una vez descubierto el vicio, el comprador tiene el derecho a exigir al vendedor una corrección de su incumplimiento (*Nacherfüllung*)¹²,

- 11 Este último aspecto, el de los presupuestos de los vicios materiales, también ha sido objeto de grandes cambios, en especial debido a la unificación de los presupuestos de diferentes hipótesis que se ha buscado recurriendo al concepto de *no conformidad con el contrato*, utilizado en la CISG y retomado luego por la directiva comunitaria en materia de venta de bienes de consumo. Se ha afirmado que por medio de esa "categoría ordenadora" se termina con una multiplicación de supuestos cuyos contornos difícilmente son identificables (al lado de los vicios materiales, el problema de la falta de calidad [ver, p. ej., el artículo 1497 del código civil italiano que somete parcialmente el problema de la "falta de calidad" al régimen de la resolución por incumplimiento en general] y el del *aliud pro alio*). El concepto de conformidad, por lo tanto, asumiría para el intérprete "un valor prácticamente liberatorio"; así, GIUSEPPE AMADIO. "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", en *Studi in Onore a Piero Schlesinger*, t. II, Milán, Giuffrè, 2004, 995.
- 12 Esto tanto en el régimen general del cumplimiento (§ 281 n. 1: "Si el deudor no ejecuta la prestación exigible o no la realiza como es debida, el acreedor puede exigir la indemnización de los perjuicios en lugar de la prestación [...] cuando le haya otorgado al deudor un plazo razonable para la prestación o el cumplimiento posterior, sin éxito [...]"; § 323, n.1: "Cuando en un contrato con prestaciones recíprocas el deudor no ejecuta la prestación exigible o no la lleva a cabo de conformidad con el contrato, el acreedor puede resolver el contrato, si le ha otorgado al deudor un plazo razonable para la prestación o el cumplimiento posterior, sin éxito"), como para el régimen específico de la compraventa (§ 437: "Derechos del comprado en caso de vicios. Si el bien padece de vicios el vendedor puede [...]: 1. exigir el cumplimiento posterior de conformidad con el § 439 [...]"; § 439 que regula detalladamente la corrección del incumplimiento). Advierte D. KAISER ("Leistungsstörungen", cit. [nota 2], 318, nota 16) que si bien la prioridad de la pretensión de la corrección del incumplimiento no está explícitamente prevista en la disciplina de la compraventa, ello se deduce del requisito del otorgamiento de un plazo previsto en la disciplina del incumplimiento en general; en el mismo sentido, ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 104.

para lo cual debe fijarle un plazo al vendedor, salvo que se pueda prescindir de él¹³. Esta corrección del incumplimiento puede verificarse, a elección del comprador¹⁴, bien sea mediante la sustitución del bien defectuoso¹⁵, o mediante la

- 13 Se puede prescindir del plazo: 1. en el caso de imposibilidad física, práctica o moral (§ 275 I-III); 2. en caso de que el deudor se haya negado definida y formalmente a ejecutar la prestación (§ 281, n.º 2 y § 323 n.º 2, 1 del BGB; se debe tener presente que el vendedor puede rehusarse al cumplimiento posterior exigido por el comprador si esto le implica necesariamente costos desproporcionados, de acuerdo con el § 439 n.º 3 del BGB); 3. cuando existen motivos especiales que justifican la renuncia al plazo adicional teniendo en cuenta una ponderación de los intereses de ambas partes (§ 281, n.º 2, 2 y § 323 n.º 2, 3 del BGB); 4. cuando se trata de contratos *just-in-time* o cuando se trata de una prestación que evidentemente requiere ser atendida de forma urgente (así el Tribunal Federal Supremo en sentencia del 22.6.2005 en *NJW*, 2005, 3211 y ss.); 5. cuando el vendedor ha ocultado el vicio de forma dolosa al momento de la celebración del contrato (así el Tribunal Federal Alemán en sentencia del 8.12.2006 en *NJW*, 2007, 836 y ss.); 6. cuando las posibilidades de la corrección del incumplimiento han fracasado o resultan irrazonables para el comprador (§ 440 del BGB), cfr. ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 1), 101; KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 322 y ss. Este último autor también considera necesario hacer la precisión de que en el caso de compraventa de bienes de consumo se debe tener en cuenta otra excepción al carácter imprescindible del plazo, con base en una interpretación del § 474, n. 1 a la luz de la Directiva 99/44/CE, art. 3.º, n. 5, que no exige que el consumidor establezca un plazo determinado sino que habla de un plazo razonable. Sin embargo, esta interpretación no sería aplicable a la hipótesis de resarcimiento de daños y perjuicios en lugar de la prestación como prevista en el § 281 n. 1 del BGB, por cuanto la materia de los daños no fue objeto de la directiva. En dicha hipótesis seguiría siendo imprescindible el requisito del otorgamiento de un plazo determinado.
- 14 A diferencia de la CISG, que da esa opción al vendedor (art. 48 CISG). Sobre los argumentos para esta decisión en la exposición de motivos, CRISTOPH BRÖMMELMEYER. "Der Nacherfüllungsanspruch der Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrecht?", en *JZ*, 10, 2006, 496: la violación de las obligaciones proviene del vendedor al entregar una cosa con vicios. ZIMMERMANN considera poco convincente la decisión del legislador (*The New German Law of Obligations*, cit. [nota 2], 100) pues, por una parte, en cualquier caso el vendedor va a tomar una opción que debe satisfacer plenamente al comprador, por lo que la posición jurídica de este último siempre estará salvaguardada; por otra, es el vendedor quien usualmente está en mejor capacidad de valorar las opciones y determinar la eficiencia de los tipos de cumplimiento posterior; en el mismo sentido F. FAUST, cit. (nota 9), § 439, 1649 y ss., n.º 8. Es de resaltar que el legislador tomó la decisión contraria en el contrato de obra, en el cual la elección entre la eliminación del vicio o la realización de una nueva obra está en cabeza del contratista (§ 635 I del BGB). Este derecho de elección del comprador del modo de corrección del incumplimiento se ve atenuado con el derecho del vendedor a negarse al modo de prestación elegido por el comprador cuando, de conformidad con el § 439 III del BGB, éste conlleva costos desproporcionados; al respecto, ver C.-W. CANARIS. "Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts...", cit. (nota 4), 76. Interesante la solución contenida en los Principios de derecho europeo en materia de compraventa (PEL S), publicados en el año 2008, art. 4:204 (1), que concede la elección al vendedor "salvo que el método elegido conlleve un retraso o cause un inconveniente al comprador que no sean razonables, en comparación con otros métodos", pero que en el n. 2 concede la elección al comprador en caso de una venta de consumo, "salvo que la elección resulte ilegal o imposible, o vaya a ocasionar al vendedor inconvenientes o costos que no sean razonables".
- 15 En Alemania se ha generado un debate sobre la posibilidad de que el comprador solicite la sustitución del bien defectuoso en caso de que la compraventa tenga como objeto una

reparación del defecto. Es por ello por lo que la corrección del incumplimiento es el derecho primario del comprador, y sólo después de que el vendedor no cumpla debidamente su prestación dentro del término fijado¹⁶ pueden pasar a ejercerse las pretensiones "secundarias", esto es, la resolución del contrato, la reducción del precio o el denominado resarcimiento de daños en lugar de la prestación, que equivale a la pretensión del subrogado pecuniario más los daños derivados del incumplimiento. Valga la pena señalar que este tipo de daños se debe distinguir de los denominados daños "simples", que corresponden a los daños que en todo caso se habrían presentado a pesar del saneamiento posterior del vendedor, por ejemplo, los daños a la persona o bienes del comprador que ocurren antes de que el vendedor corrija su incumplimiento. Este último tipo de daños, los daños simples, no está sometido a la fijación y decurso del plazo, lo cual resulta lógico toda vez que estos daños no podrían ser ya evitados aunque el vendedor corrigiera su incumplimiento¹⁷.

En otras palabras, se ha configurado un sistema en dos niveles: en un primer nivel, en caso de un cumplimiento defectuoso el comprador sólo puede exigir la corrección del incumplimiento dentro del plazo fijado, salvo los casos en los cuales se puede prescindir de dicho plazo¹⁸. En un segundo nivel, esto es, luego de que transcurra sin éxito el plazo adicional otorgado al vendedor, el comprador podrá pedir la reducción del precio, la resolución del contrato o el denominado resarcimiento de los daños y perjuicios en lugar de la prestación¹⁹. Precisamente

especie. A pesar de que la diferencia género-especie parecería estar claramente delineada pues ella depende de la determinación de las partes en el contrato, se ha afirmado por parte de la doctrina mayoritaria que en ciertos casos la posibilidad de sustitución prevista por la reforma también podría encontrar aplicación en el caso de especies. También recientemente el Tribunal Federal Alemán se ha pronunciado al respecto, admitiendo dicha posibilidad como excepcional "cuando atendiendo al querer de las partes se puede reemplazar el objeto de la venta por una cosa del mismo valor y tipo" (BGH, sentencia del 7.06.2006, en *NJW - Special*, 11, 2006, 496 y ss.). Los argumentos más elaborados han sido presentados por W.-C. CANARIS. "Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf", en *JZ*, 17, 2003, 831 y ss. Para el autor, esta se trataría de una posibilidad excepcional, que operaría cuando hay "un reemplazo del mismo valor y del mismo tipo" que el objeto de la venta "dado que en el marco de la interpretación se debe partir de que las partes son racionales y honestas" y teniendo en cuenta además que, en la relación entre interpretación y dogmática del derecho, "la calificación dogmática de una norma está subordinada a su interpretación desde un punto de vista lógico y hermenéutico, de modo que si la interpretación conduce a un resultado 'irregular', en principio se debe cambiar la dogmática, no la interpretación" (p. 835). Un estado del debate se encuentra en KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 319 y ss.

16 Salvo los casos mencionados en la nota 13, en los cuales se puede prescindir de dicho plazo.

17 ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 99 y ss.; HUBER/ALTENKIRCH. "Buyer's Right to Cure?", cit. (nota 2), 540 y ss.; KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 318 y ss.; EHMANN/SUTSCHET. *La reforma del BGB*, cit. (nota 5), 254 y ss.; PETER HUBER. "Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht", en *NJW*, 14, 2002, 1005.

18 Ver *supra*, nota 13, e *infra*, nota 39.

19 Así lo expone KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 313; SIMONE JORDEN/MICHAEL LEH-

este sistema escalonado basado en la pretensión de corrección del incumplimiento constituye la modificación más relevante en comparación con el régimen anterior en materia de vicios materiales en la compraventa²⁰. Y debido a que la fijación del plazo para que tenga lugar la corrección del incumplimiento en principio es imprescindible, se ha afirmado que indirectamente se termina configurando un "derecho del vendedor a una oportunidad de sanear su incumplimiento" (*Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung*), una expresión que ha sido adoptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien justamente se ha señalado que se trata más de una *carga* (*Obliegenheit*) que el comprador debe observar para poder activar eventualmente sus pretensiones "secundarias" y cuyo contenido es el darle la posibilidad al vendedor de que corrija su cumplimiento defectuoso²¹.

Dogmáticamente, a la nueva figura del derecho del comprador a la corrección del incumplimiento/"derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento se le han reconocido características tanto de la garantía de saneamiento como de la pretensión de cumplimiento²². Puede ser vista como una garantía en cuanto se aparta en ciertos aspectos del régimen general del incumplimiento: además de prescindir del presupuesto de la culpa, el comprador tiene la elección del modo de la corrección (reparación o sustitución), existe un criterio especial para que el vendedor pueda negarse a la corrección del incumplimiento²³ y la disciplina sigue estando sometida a un término de prescripción especial²⁴. Por otra parte, sin embargo, estas

- MANN. "Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung", en *JZ*, 19, 2001, 957 y ss.
- 20 En realidad, en el régimen anterior, el caso de las ventas de bienes fungibles, el comprador ya tenía la posibilidad de cumplimiento posterior consistente en la sustitución del bien (§ 480 I a. v. del BGB y ver *supra* nota 10); con la reforma se amplía la pretensión de cumplimiento posterior a las ventas de bienes específicos, así HUBER. "Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts im neuen Kaufrecht", cit. (nota 17), 1004 y nota 2; FAUST, cit. (nota 9), 1660, n.º 2.
- 21 Así STEPHAN LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: zur Rechtsweite des „Rechts zur zweiten Andienung“", en *NJW*, 17, 2006, 1176. En el mismo sentido advierte ROLAND MICHAEL BECKMANN ("Kauf", en *Eckpfeiler des Zivilrechts. Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlín, Sellier-De Gruyter, 2008, 583, nota 125) que esta formulación no es muy precisa pues "al vendedor no le corresponde en realidad ningún derecho subjetivo". Para HARM PETER WESTERMANN ("Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“: bestimmende Leitende des neuen Kaufrechts oder Ärgeris?", en *Festschrift für C-W. Canaris zum 70. Geburtstag*, t. 1, Múnich, Beck, 2007, 1263), en vista de las múltiples excepciones al carácter imprescindible del plazo para la corrección del incumplimiento (ver *supra* nota 13), se podría considerar más que un "derecho" en sentido estricto, una guía (*Leitidee*).
- 22 EHMANN/SUTSCHET. *La reforma del BGB*, cit. (nota 5), 256.
- 23 Mientras que para el caso de la compraventa el vendedor puede negarse a la prestación elegida por el comprador si esto conlleva costos desproporcionados (§ 439 III del BGB), en el régimen general del incumplimiento se exige que exista una "desproporción grave" en relación con el interés del acreedor en la prestación (§ 275 II del BGB). Al respecto, CANARIS. "Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts...", cit. (nota 4), 24, 76.
- 24 De acuerdo con el § 438 I b del BGB, la pretensión por vicios materiales prescribe en dos años.

particularidades no eliminan la conexión de la corrección del incumplimiento con la pretensión originaria de cumplimiento, pues se considera que se le puede seguir exigiendo la prestación al vendedor que la ha ejecutado de forma defectuosa. Lo que ocurre es que "la pretensión de cumplimiento se ve influenciada por las particularidades del régimen de la garantía a partir de la transmisión del riesgo [...]", pero ambas pretensiones son idénticas desde el punto de vista de la estructura básica²⁵. De allí que se considere que la pretensión de la corrección del incumplimiento es una forma modificada de la pretensión primaria de cumplimiento²⁶.

Por medio de esta configuración de un derecho del comprador a la corrección del incumplimiento/"derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento se eliminan algunas carencias del anterior régimen, al mismo tiempo que se refuerza la conservación del contrato y se evita el recurso al remedio de la resolución como primera opción, lo que se ha justificado con varios argumentos²⁷. Así, existen casos en los cuales debido al tipo de prestación debida, resulta más razonable permitir al vendedor subsanar el vicio satisfaciendo plenamente el interés del comprador²⁸ (sin perjuicio de resarcir los daños que este último haya podido sufrir a causa del cumplimiento defectuoso inicial)²⁹. Esto es deseable desde el punto de vista de la eficiencia económica ya que, al mismo tiempo que se salvaguarda el interés del comprador, se evita el recurso a un remedio que podría resultar muy gravoso para el vendedor como lo es el de la resolución del contrato, especialmente en hipótesis de defectos que pueden ser fácilmente reparados³⁰. Así mismo, existen

25 CANARIS. "Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts...", cit. (nota 4), 78.

26 *Ibid.*, 78 y ss.; HUBER. "Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht", cit. (nota 17), 1005; THOMAS ZERRES. *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts*, Sellier, 2007, 289.

27 Sobre lo que sigue, PETER HUBER. "Remedies of the Buyer", en PETER HUBER/ALASTAIR MULLIS. *The CISG: A new Textbook for Students and Practitioners*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, 182 y ss.

28 Así, por ejemplo, como lo señala R. ZIMMERMANN (*The New German Law of Obligations*, cit. [nota 2], 1059), si se trata de una prestación que involucra un equipo técnico altamente complejo, si el defecto es fácilmente subsanable será más razonable para el vendedor proceder a una reparación o una sustitución de la parte defectuosa que la redhibición.

29 El resarcimiento de los daños denominados "simples" no está sujeto al requisito del plazo, por lo que, de acuerdo con el § 437 III en conexión con el § 280 I del BGB, pueden ser exigidos junto con la pretensión de corrección del incumplimiento; así, BECKMANN. "Kauf", cit. (nota 21), 584.

30 La resolución resulta un remedio costoso, entre otras cosas, porque normalmente el objeto devuelto ya no podría ser vendido luego como nuevo; al respecto, HARM PETER WESTERMANN. "Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“: bestimmende Leitensidee des neuen Kaufrechts oder Ärgernis?", en *Festschrift für C.-W. Canaris zum 70. Geburtstag*, t. 1, München, Beck, 2007, 1262; HUBER. "Remedies of the Buyer", cit. (nota 27), 182. Además, en el caso de que el cumplimiento posterior no sea posible (p. ej. porque el defecto es irreparable) o sea infructuoso, en caso de defectos menores solamente se concede la reducción del precio y no la resolución del contrato (§ 441 I, parte final que remite al § 323 V, inc. 2.º sobre la violación irrelevante de un deber) implementando así el artículo 3.º n.º 6 de la Directiva 99/44/CE ("el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato

hipótesis en las cuales el mismo comprador podría tener un mayor interés en que le reparen o le sustituyan el bien en lugar de resolver el contrato o de reducir el precio teniendo que conservar el bien con vicios³¹. Se ha afirmado que esta forma de ver las relaciones entre vendedor y comprador se conciliaría con un mercado basado en la producción en masa y respondería a los intereses de ambas partes³². En general, mediante este esquema se fortalece el principio del *pacta sunt servanda* en cuanto ya no es posible deshacerse del contrato por el sólo hecho de la presencia de un vicio, que no es *per se* motivo suficiente para considerar irremediablemente minada la confianza de las partes, evitándose que el comprador decida escapar de un negocio del cual posiblemente se ha arrepentido por otras razones³³.

Por otra parte, sin embargo, como también ha sido señalado por un sector de la doctrina, con este aspecto de la reforma se ha debilitado la posición del comprador³⁴. En efecto, antes el comprador tenía un poderoso instrumento al poder ejercer sin condiciones la acción redhibitoria pues "de una parte podía terminar su contrato con un vendedor respecto al cual había perdido la confianza sobre su capacidad de cumplir sus obligaciones, de otra, podía usarla como un instrumento de negociación frente al vendedor para obtener una ejecución más favorable", mientras que ahora "se enfrenta a la perspectiva de prolongadas negociaciones" y por tanto "trata de remediar el defecto antes de que pueda deshacerse del contrato"³⁵.

si la falta de conformidad es de escasa importancia").

- 31 Señala CANARIS ("Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts...", cit. [nota 4], 71) cómo, por ejemplo, en caso de que el objeto ya haya montado a la fábrica o a la casa, puede ser que el comprador prefiera conservar la cosa y pedir la eliminación del vicio. También en el caso de que el comprador haya adquirido el bien a un precio especial, puede hacerlo preferir insistir en el cumplimiento del contrato (ya sea mediante sustitución o reparación) que a resolverlo; así, S. LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: zur Rechtsweite des 'Rechts zur zweiten Andienung'", en *NJW*, 17, 2006, 1175.
- 32 JORDEN/LEHMANN. "Verbrauchergüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung", cit. (nota 19), 957 y ss. Las consideraciones de los redactores del BGB en materia de vicios "correspondían a las relaciones económicas de finales del siglo XIX, pero ya no corresponde a las actuales".
- 33 FAUST. Ob. cit. (nota 9), 1660, n.º 2; LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers...", cit. (nota 25), 1175; ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 91, 105, señala el autor que "cuando el comprador hace uso de la acción redhibitoria [...] a menudo lo hace porque está arrepentido de la compra, caso en el cual no existe un interés digno de protección" ante lo cual algunas veces la jurisprudencia reaccionó recurriendo a la cláusula general de la buena fe del § 242 del BGB. Esto no quiere decir que en el nuevo régimen el comprador quede desamparado, pues se considera que los casos contemplados por la ley en los cuales se puede prescindir del término para un cumplimiento posterior, y en los cuales, por ende, se puede pedir inmediatamente la resolución, la reducción o la indemnización de los daños, constituyen una garantía suficiente; así, STEPHAN LORENZ. "Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform?", en *JZ*, 14, 2001, 743.
- 34 La misma crítica se ha dirigido también a la Directiva 99/44/CE por alejarse en este punto del camino señalado por la Convención de Viena y haber optado por un sistema jerárquico como el implementado en Alemania, atenuando así la protección del consumidor; al respecto ver, p. ej., ANGELO LUMINOSO. *La compravendita*, 4.ª ed., Turín, Giappichelli, 2004, 333 y ss., e *infra* IV.
- 35 Así, ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 106. En el mismo sen-

En esta medida se ha afirmado que la introducción de una pretensión a la corrección del incumplimiento obedece a una exigencia de política del derecho de parte del sector de los oferentes de bienes y servicios, pues por regla general el comprador preferiría resolver el contrato y procurarse el bien de otra forma recuperando al mismo tiempo la plena disposición de su patrimonio³⁶.

En todo caso, la primacía de la corrección del incumplimiento ha sido reiterada por el Tribunal Federal Supremo. Esto es particularmente evidente en una decisión en la cual se afrontó uno de los temas que fueron dejados sin resolver en la reforma, esto es, el problema de qué ocurre si el comprador al detectar el vicio decide subsanarlo por su cuenta (*Selbstvornahme*). En este sentido, el Tribunal decidió en el 2005³⁷ que, salvo en casos excepcionales, el comprador no puede hacerlo, pues de lo contrario no le serán reembolsadas las expensas en las que haya incurrido³⁸. Dentro de los argumentos expuestos por el Tribunal y que re-

tido, EHMANN/SUTSCHET. *La reforma del BGB*, cit. (nota 4), 255, quienes además indican que el argumento sobre la necesidad de dicha medida en razón del progreso tecnológico "no convence". Relativiza la situación F. FAUST (cit. [nota 9], n.º 5, 1660), quien advierte que "lo ventajoso o desventajoso que resulte la corrección del incumplimiento para una parte no se puede afirmar de forma general, sino que depende de los intereses en el caso concreto, en especial, también de si el vendedor es responsable de la prestación viciada y por lo tanto si el comprador tiene una pretensión a la indemnización de los perjuicios en lugar de la prestación en el plano de los derechos secundarios". CANARIS expone sintéticamente la razón de ser de las particularidades del régimen de vicios materiales en la compraventa frente al régimen del incumplimiento en general, así como las ventajas y desventajas que se pueden deducir para el comprador y el vendedor ("Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts...", cit. [nota 4], 719).

- 36 Así, WESTERMANN. "Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“...", cit. (nota 21), 1264; LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers...", cit. (nota 31), 1175, quien además reporta cómo el mismo Tribunal Federal Alemán ha declarado como abusiva una cláusula introducida por el comprador en sus condiciones generales en la que se reserva el derecho a una reparación por su cuenta sin ningún tipo de limitación.
- 37 Tribunal Federal Alemán (BGH), 23 de febrero de 2005, en *NJW*, 19, 2005, 1348 y ss. (confirmada en sentencia del 7.12.2005 en *NJW*, 14, 2006, 988 y ss.).
- 38 En el caso decidido, el comprador había adquirido de un concesionario un automóvil nuevo, que poco después de la compra presentó daños en el motor. Debido a la omisión de una inspección, la garantía del comerciante en este caso no cubría esta eventualidad, por lo cual el comprador procedió a hacer reparar el defecto en su taller de confianza, exigiendo luego el reembolso de los costos de reparación al vendedor del automóvil. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, sentencia del 26.09.2006, en *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, 2006, 473: "Con los §§ 437 y ss. del BGB el legislador quiso regular la prioridad del derecho del vendedor a la corrección de su incumplimiento y excluir así un derecho a que el comprador procediera a reparar por sí mismo el defecto. El vendedor debe tener la posibilidad de ganarse definitivamente el precio de la venta por medio de una 'segunda ejecución' ". Un análisis integral del caso se encuentra en HUBER / ALTENKIRCH. "Buyer's Right to Cure?", cit. (nota 2), 540 y ss.; STEPHAN LORENZ. "Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt", en *NJW*, 19, 2005, 1321 y ss.; también sobre el problema, entre muchos otros, KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 384 y ss.; HARM PETER WESTERMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB. Schuldrecht*, Parte Especial I, t. III, 5.ª ed., 2008, § 439, n.º 10, 214 y ss.; BRÖMMELMEYER. "Der Nacherfüllungsanspruch der Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrecht?", cit. (nota 14), 494 y ss.; BARBARA DAUNER-LIEB/ARNOLD. "Dauerthema

sultan relevantes para el tema tratado, se dejó en claro que la fijación del plazo al vendedor es un presupuesto en principio imprescindible³⁹, y el no respetarlo conduciría a negarle la posibilidad de la corrección del incumplimiento que es presupuesto de la disciplina para poder activar eventualmente las pretensiones “secundarias” del comprador. Así mismo, frente a una solución propuesta en la doctrina para reconocer al comprador al menos el reembolso de las expensas en las que habría incurrido el vendedor si él mismo hubiera procedido a la corrección del incumplimiento, el Tribunal reiteró su opinión en cuanto con dicho reconocimiento se estaría eludiendo el principio de la prioridad de este instrumento a favor del vendedor que está a la base de los §§ 437 y ss. del BCB, que se configura no sólo como un derecho del comprador sino también como un “derecho” del vendedor a un “saneamiento de su incumplimiento”⁴⁰.

Selbstvornahme”, en ZGS, 2005, 1 y ss.

- 39 Además de los casos indicados *supra* (nota 13), el mismo Tribunal Federal Alemán (sentencia del 22.06.2005, en NJW, 44, 2005, 3211 y ss.) ha establecido que en ciertos casos excepcionales es posible que el comprador proceda a subsanar el vicio y solicitar luego el reembolso de las expensas, apoyándose en la previsión del § 281 II del BCB (“La fijación de un plazo es innecesaria [...] si concurren circunstancias especiales que, ponderando los intereses de ambas partes, justifican ejercitar de manera inmediata la pretensión de resarcimiento del daño”). En este caso, el comprador de un cachorro de perro se vio urgido a acudir al veterinario (varias veces) para que le prestara atención al animal. El Tribunal estimó que cuando concurren situaciones de urgencia como en este caso no resulta razonable acudir al vendedor para exigirle un cumplimiento posterior. Por el contrario, se negó esta posibilidad (sentencia del 7.12.2005, en NJW, 14, 2006, 988 y ss.) también en el caso de un animal, un caballo de silla, que luego de la entrega presentó una inflamación en los ojos. En esta ocasión consideró el Tribunal que era razonable exigir al vendedor el cumplimiento posterior y, por ende, la concesión de un plazo para ello].
- 40 El cuadro completo de la argumentación fue el siguiente: el Tribunal comenzó por indicar que para que el comprador pueda exigir el resarcimiento del daño en lugar de la prestación (§ 281 I del BCB) o la reducción del precio (§ 437 II del BCB) —que eran las únicas hipótesis procedentes en el caso concreto— se deben cumplir los presupuestos exigidos en dichas normas, entre los cuales está la fijación de un plazo el cual es imprescindible, salvo los casos en los cuales es posible deducir que no es así (ver *supra*, notas 13 y 39). A continuación, el Tribunal procede a analizar una interpretación sostenida por la doctrina, en el sentido de que el comprador tendría derecho a la deducción del precio (si no lo ha pagado) o al reembolso de los gastos necesarios para la corrección del incumplimiento (§ 439 II del BCB: “El vendedor debe asumir los gastos necesarios para la corrección del incumplimiento, en particular, los costes de transporte, circulación, mano de obra y materiales”) que el vendedor ha ahorrado debido a la “autoejecución”, evitando así su enriquecimiento, dado que él en todo caso hubiera incurrido en dichas expensas si hubiera tenido la oportunidad de corregir su cumplimiento. Esta visión también fue rechazada por el Tribunal con base en dos argumentos: 1. el legislador se habría abstenido conscientemente de introducir el derecho del comprador a una subsanación del defecto por su cuenta, siendo taxativos los remedios previstos. Muestra de ello sería el hecho de que para el contrato de obra y el contrato de arrendamiento dicha posibilidad de subsanación del defecto por su propia cuenta sí está prevista para el comitente y para el arrendatario. Por todo esto no se podría hablar de la existencia de una laguna en la disciplina de la compraventa y por lo tanto faltarían los presupuestos para una aplicación analógica de otras normas para fundamentar una decisión contraria; 2. el argumento mencionado en el texto.

Además advirtió el Tribunal que el "derecho del vendedor" no sólo le permite a este último verificar la proporcionalidad de los costos implicados, sino que también le permite verificar si el defecto en realidad existe, si existía al momento de la transmisión del riesgo al comprador, cuáles fueron las causas del defecto y cómo y en qué medida es posible repararlo y, en caso necesario, asegurar las pruebas pertinentes. Por ende, no sería posible afirmar que la subsanación del defecto por parte del comprador no conlleva ninguna desventaja para el vendedor, pues, por el contrario, lesionaría su derecho de defensa.

En resumen, el Tribunal consideró que las únicas pretensiones que el legislador contempló a favor del comprador en caso de un vicio material del bien adquirido son la resolución del contrato, la reducción del precio o el denominado resarcimiento de los daños en lugar de la prestación, las cuales sólo pueden ser ejercidas si el comprador ha otorgado al vendedor un plazo para la corrección de su incumplimiento. Si el comprador decide subsanar él mismo el defecto, en cuanto el legislador no contempla un tal remedio para la compraventa, perdería el derecho a la restitución de las expensas necesarias para la subsanación del defecto. Una decisión en sentido contrario abriría la puerta a un remedio ulterior con el que se terminaría por eludir el "derecho a un saneamiento del incumplimiento" que el legislador configuró –si bien de forma indirecta– en cabeza del vendedor.

Esta decisión no ha pasado desapercibida en la doctrina, una parte de la cual es particularmente crítica frente a la posición del Tribunal Federal Alemán. El principal argumento es que se considera injustificado el desequilibrio que se termina generando a favor del vendedor, quien se encontraría con un "golpe de fortuna inmerecido"⁴¹ al no tener que reembolsar las expensas en las que en todo caso hubiera incurrido al corregir su incumplimiento, expensas que por lo demás expresamente se asignan al vendedor por haber entregado un bien con vicios (§ 439 II del BGB)⁴². Independientemente del fundamento jurídico con el que se pretenda justificar un reembolso de las expensas necesarias⁴³, lo cierto es que en este debate

41 JÜRGEN OECHSLER. "Comentario a la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 23.02.2005", en *LMK*, 6 2005, 81.

42 Ver *supra*, nota 40.

43 Se oscila entre una aplicación directa o analógica del § 326 II del BGB que regula el caso de la exclusión del deber de prestación por culpa del acreedor ("Si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia por causa de la cual el deudor no debe cumplir la prestación, de acuerdo con el 275, 1 a III, o bien si esta circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación, el deudor conserva la pretensión a la contraprestación. Sin embargo, el debe dejarse deducir lo que, como consecuencia de la liberación de la prestación, ha ahorrado o ha ganado con el empleo de su trabajo en otras actividades o maliciosamente ha dejado de obtener") y una aplicación del régimen del enriquecimiento sin causa. El mayor defensor de la primera solución es S. LORENZ. "Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht...", cit. (nota 38), 1321 y ss; sobre el argumento del enriquecimiento sin causa, MATTHIAS KATZENSTEIN. "Grund und Grenzen des Bereicherungsausgleichs bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Nacher-

está de por medio un equilibrio de las posiciones del vendedor y del comprador: por una parte, el interés del vendedor reflejado en su "derecho al saneamiento del incumplimiento"; por la otra, el interés del comprador, al cual no se le quiere dejar desamparado en caso de subsanar el defecto por su cuenta.

En este contexto ha sido indicado en la doctrina que el miedo del tribunal a que se termine configurando un "derecho del comprador a la subsanación por su cuenta" en detrimento del principio de la oportunidad de la corrección del incumplimiento configurado por el legislador a favor del vendedor, es infundado. Esto porque en realidad no se trata de conceder un derecho tal al comprador, sino simplemente de hacer efectiva una disposición de la ley que determina en todo caso los costos de la subsanación del defecto a cargo del vendedor, una disposición que es coherente con la intención del legislador de integrar el régimen de vicios al régimen del incumplimiento en general⁴⁴. Por otra parte, tampoco sería justificado el temor del Tribunal en relación con el menoscabo del derecho de defensa del vendedor en caso de una subsanación del defecto por cuenta del comprador, pues se ha señalado⁴⁵ cómo la carga de la prueba de la existencia del vicio al momento de la transferencia del riesgo está a cargo de este último, salvo que se trate de un consumidor⁴⁶.

La situación viene a complicarse ulteriormente debido a una decisión posterior del 2008 en la cual el Tribunal Federal Supremo Alemán determinó que el comprador puede resultar obligado al resarcimiento de los daños que haya sufrido el vendedor al reparar un vicio que se demuestra posteriormente que no era tal, cuando la causa del defecto se encuentre dentro de la esfera de responsabilidad del comprador, sabiéndolo este último, o desconociéndolo por una falta de diligencia⁴⁷.

füllung", en *ZGS*, 2005, 184 y ss.

44 STEPHAN LORENZ. "Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht", en *NJW*, 20, 2003, 1417 y ss. Estos costos son por lo regular menores si el vendedor hubiera subsanado él mismo el defecto, y ellos serían los que debería reembolsar, no todos los costos en los que hubiere incurrido el comprador al subsanar el defecto por su cuenta o al haberlo hecho subsanar por un tercero. Advierte además la doctrina que si no se reconocen las expensas al comprador, se llegaría a un resultado insostenible en comparación con la hipótesis en la que un tercero decida llevar a cabo la corrección del incumplimiento en lugar del vendedor, pues en este caso el tercero tendría una pretensión por gestión de negocios ajenos o en todo caso una acción por enriquecimiento sin causa (§ 812 I BGB); así, J. OECHSLER. Ob. cit. (nota 41), 81. Además, propone C. BRÖMMELMEYER ("Der Nacherfüllungsanspruch der Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrecht?", cit. [nota 14], 498) que debería considerarse que el vendedor tiene un deber de información frente al comprador, sobre las consecuencias de la subsanación por propia cuenta.

45 LORENZ. "Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht...", cit. (nota 38), 1324.

46 En efecto, en las relaciones entre un empresario y un consumidor se invierte la carga de la prueba, § 476 del BGB, ver *infra*, texto nota 55.

47 Tribunal Federal Alemán (BGH), 23 de enero de 2008, en *NJW*, 16, 2008, 1147 y ss. En el caso decidido, una empresa de instalaciones eléctricas había adquirido una instalación

El Tribunal argumentó⁴⁸ que en una relación obligatoria cada parte debe tomar en consideración los intereses de la otra, lo que implica necesariamente que antes de la intimación al vendedor, el comprador debe controlar cuidadosamente dentro del ámbito de sus posibilidades si las causas del malfuncionamiento no se encuentran en su propia esfera, lo que no implica que el derecho del comprador a exigir la subsanación del defecto se vea menoscabado, pues no se trata de que el comprador deba previamente aclarar y determinar definitivamente si el problema es síntoma de un vicio material. Esto significa que en caso de que después de dicha verificación no sea posible determinar la causa, el comprador está legitimado a ejercer su derecho a una corrección del incumplimiento sin temor a tener que resarcir daños, aunque finalmente se demuestre que no existía un vicio material propiamente dicho (como cuando para detectar la causa del problema se necesitan conocimientos técnicos que el comprador no posee).

Ahora bien: vistas las dos decisiones en conjunto, ha sido señalado por la doctrina que si no se restringe debidamente su ámbito de aplicación, el derecho del comprador a una corrección del incumplimiento/"derecho" del vendedor a sanear su incumplimiento se puede convertir en una "trampa para el comprador"⁴⁹. Esto porque "el comprador que nota un defecto en el bien adquirido aunque sin conocer su causa, debe de una parte, dar la oportunidad al vendedor de corregir su incumplimiento, de lo contrario el comprador tendría que asumir los costos de la reparación o perdería el derecho a la reducción del precio. Pero además, el comprador corre el peligro de tener que resarcir perjuicios cuando durante la reparación resulta que el vicio surgió luego de la transmisión del riesgo"⁵⁰.

Los casos expuestos son sólo dos ejemplos de los problemas que han quedado irresueltos en la nueva disciplina⁵¹, pero que sirven para ilustrar las dificultades

de alarma visual y acústica con la que pueden ser llamados los enfermeros que cuidan a las personas convalecientes en cama. La empresa procedió a instalar el sistema en un ala recién construida de una casa de cuidados para ancianos. Debido a la queja por malfuncionamiento por parte de la casa de cuidados, un empleado de la empresa que suministró el bien (habiéndolo adquirido de un tercero) procedió a verificar la instalación del sistema pero no pudo reparar el problema. Por tal motivo la empresa exigió al vendedor de la instalación que procediera a reparar el defecto por el cual presumía que estaba ocurriendo el mal funcionamiento. Un técnico del vendedor se desplazó al sitio en el cual se había instalado el sistema, reparó el defecto y señaló como causa de éste la ruptura de una conexión de un cable entre la antigua instalación y la nueva. En vista de que el mal funcionamiento no se debía a un vicio material del bien, el vendedor exigió el resarcimiento de los daños surgidos como consecuencia de la actividad que tuvo que desplegar para eliminar el problema.

48 Tribunal Federal Alemán (BGH), 23 de enero de 2008, en *NJW*, 16, 2008, 1148.

49 Así, literalmente, DAGMAR KAISER. "Pflichtwidriges Mangelsbeseitigungsverlangen", en *NJW*, 24, 2008, 1713.

50 Ídem. En este contexto, se ha sugerido una aplicación muy restrictiva de la posibilidad de hacer responsable al comprador por los daños.

51 Otros asuntos que han sido debatidos en relación con la oportunidad del vendedor a una segunda entrega son el *ius variandi* del comprador al haber escogido entre reparación

que ha traído consigo la configuración del derecho del comprador a la corrección del incumplimiento/"derecho" del vendedor al saneamiento del incumplimiento, en la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos. En todo caso, en la valoración de la forma más indicada para proteger los intereses en juego no puede perderse de vista que la misma reforma contiene mecanismos que atenúan ese "derecho" del vendedor. En efecto, además de la posibilidad que el comprador tiene de rechazar el cumplimiento del vendedor cuando al momento de la entrega se identifica que el bien no es conforme con el contrato, existen diversas hipótesis en las cuales se puede prescindir de la fijación de un plazo para la corrección del incumplimiento, que legitima entonces al comprador a hacer efectivas sus pretensiones "secundarias", hipótesis de las cuales se puede deducir que existen situaciones en las que el interés del comprador al uso inmediato de dichas pretensiones prima sobre los intereses del vendedor⁵². Entonces, en los casos en los cuales el plazo deja de ser imprescindible y la prestación sigue siendo posible, el comprador conserva su derecho a una corrección del incumplimiento, pero también cuenta con un abanico de remedios más amplio⁵³.

En todo caso, en la búsqueda del punto de equilibrio en situaciones como las expuestas en donde no resulta claro el camino por seguir, será sin duda la doctrina la que deberá guiar a la jurisprudencia para que el "derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento tal y como configurado por el legislador no se convierta en una "molestia"⁵⁴, y pueda cumplir los objetivos para los cuales fue instituido.

Aún así, como ya se señaló, no cabe duda de que la configuración indirecta de un "derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento implica una

o sustitución, la extensión de la corrección del incumplimiento, por ejemplo, en caso de que el vicio se extienda a otras partes del objeto vendido o a otros bienes del adquirente, entre los más importantes; al respecto, ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 106 y ss.; WESTERMANN. "Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“...", cit. (nota 21), 1285 y ss.; INA EBERT. "Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und Seine Risiken für den Käufer", en *NJW*, 25, 2004, 1761 y ss.; LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers...", cit. (nota 21), 1179, este último también sobre la carga de fijar un plazo y su relación con el problema de la imposibilidad.

52 Ver *supra*, notas 13 y 39. Señala S. LORENZ ([nota 20] 1176) que en este contexto, al lado de las previsiones de los § 281 II y 323 II del BGB, merece una particular atención el § 440 en donde se recurre a la exigibilidad (*zumutbarkeit*) como criterio para determinar cuándo se puede prescindir del plazo ("Salvo en los casos del § 281 II y § 323 I, no es precisa la fijación de un plazo si el vendedor deniega ambos tipos de corrección del incumplimiento, según el § 439 III, o si ha frustrado el tipo de corrección del incumplimiento elegido por el comprador, o no le es exigible" [cursivas añadidas]). Sobre la necesidad de tomar en cuenta estas hipótesis que atenúan el "derecho del vendedor a un segundo cumplimiento" y la sugerencia a verlo más como una "idea guía" de la nueva disciplina, ver WESTERMANN (nota 24), 1263 y ss.

53 LORENZ. "Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers...", cit. (nota 21), 1176.

54 *Ibid.*, 1265.

posición menos fuerte del comprador en comparación con el régimen anterior, lo cual es todavía más evidente cuando se está frente a una relación de consumo, pues si bien en este caso se ha introducido una inversión de la carga de la prueba a favor del comprador/consumidor (§ 476 del BGB: "Si aparece un vicio material en el plazo de seis meses desde la transmisión del riesgo, se presume que la cosa ya era defectuosa en el momento de la transmisión del riesgo, a no ser que esta presunción sea incompatible con la naturaleza de la cosa o del defecto"), él sigue atado al requisito del plazo y por lo tanto a la oportunidad de corrección del incumplimiento del vendedor, una decisión que es en parte producto del esquema diseñado por la Directiva 99/44/CE, que optó por esta técnica⁵⁵, aun cuando la reforma alemana en este sentido adoptó una solución todavía más estricta, pues la directiva no ordena al comprador fijar un plazo sino que simplemente lo autoriza a ejercer sus pretensiones "secundarias" (resolución o reducción del precio) si el vendedor no ha procedido a la reparación o sustitución *dentro de un período razonable* o si no lo ha hecho sin inconvenientes considerables para el consumidor (art. 5)⁵⁶.

III. SOBRE LOS FUNDAMENTOS Y TÉCNICAS TRAS EL "DERECHO" DEL VENDEDOR A UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD DE CUMPLIMIENTO: LA REFORMA ALEMANA Y LA CONVENCION DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CISG)

¿Qué se encuentra tras estas posiciones? Retomando lo indicado al inicio del escrito, la reforma del derecho alemán de la compraventa y la directiva comunitaria que estaba implementando fueron fuertemente influenciadas por el modelo de la CISG en cuanto a la integración del régimen de vicios materiales en el del incumplimiento en general. De esta forma, se obtiene como resultado que el comprador tenga una pretensión de cumplimiento también en el caso de un cumplimiento imperfecto debido a la presencia de un vicio o, de acuerdo con el concepto más amplio de la CISG adoptado por la directiva, ante la no conformidad del cumplimiento con lo estipulado en el contrato⁵⁷. Esto corresponde a una visión reconocida ya desde hace mucho tiempo en el sentido de que "en un sistema racional la garantía por vicios es una parte del derecho contractual que requiere sólo un grado moderado

55 Sobre las críticas que por este motivo han sido enderezadas contra el esquema utilizado por la directiva, ver *infra* IV y nota 84.

56 FAUST. Ob. cit. (nota 10), § 437, n.º 17, 1599; sobre la necesidad de interpretar la disciplina alemana a la luz de la directiva, en los casos de contratos con el consumidor, KAISER. "Leistungsstörungen", cit. (nota 2), 320. Cfr. también *supra*, nota 13.

57 "La CISG no utiliza el concepto de vicio ni de defecto, sino que hacer referencia al concepto mucho más amplio de conformidad de la mercancía con el contrato, que cobija la entrega defectuosa, de diferente cantidad, así como la entrega incorrecta": WOLFGANG KIRCHER. *Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1998, 49.

de atención expresa en la ley⁵⁸. La cuestión se desplaza, entonces, a la determinación de los remedios que deben concederse al comprador brindando a la vez un cuadro coherente con las demás hipótesis de incumplimiento, cuya configuración dependerá de las finalidades perseguidas⁵⁹.

A este respecto, se reconoce⁶⁰ que detrás tanto de la reforma al derecho alemán de la compraventa (y la configuración allí de un "derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento) como de la disciplina de la CISG se encuentra, por una parte, la preocupación por la conservación del contrato y, por otra, el deseo de moldear el remedio de la resolución como un último recurso, finalidades que en realidad se encuentran condicionadas por una fuerte razón económica: "los diferentes remedios no tienen los mismos costos para el deudor"⁶¹. Sin embargo, para alcanzar dichos objetivos ambas regulaciones recurren a técnicas diferentes⁶².

P. HUBER⁶³ ha identificado en el derecho comparado tres técnicas mediante las cuales se persiguen dichos objetivos: 1. el mecanismo del plazo posterior (*Nachfrist*); 2. el derecho del vendedor a corregir su incumplimiento; y 3. el recurso al concepto del incumplimiento esencial. Las dos primeras técnicas se encuentran estrechamente ligadas, con la diferencia de que mientras en la fijación del plazo posterior la iniciativa que dispara el mecanismo es del comprador, en la segunda técnica la iniciativa proviene del vendedor⁶⁴. La técnica del incumplimiento esencial es definida en el artículo 25 de la CISG de la siguiente manera: "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"⁶⁵. Ya se expuso de forma sintética la

58 ERNST RABEL. *Das Recht des Warenkaufs*, t. II, 1958, 132; sobre la fuerte influencia de la obra de RABEL en el derecho internacional de la compraventa, HANNES RÖSLER. "Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel", en *Rabels Zeitschrift*, 70, 2006, 793 y ss.

59 "La pregunta interesante no es si se concede un derecho a resolver el contrato sino más bien cuándo se concede ese derecho al comprador": PETER HUBER. "CISG-The Structure of Remedies", en *Rabels Zeitschrift*, 71, 2007, 18.

60 Ver *supra* nota 27 y texto correspondiente; PETER HUBER. "CISG-The Structure of Remedies", en *Rabels Zeitschrift*, 71, 2007, 31; ULRICH MAGNUS. "Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht", en *Rabels Zeitschrift*, 59, 1995, 480, 483, en donde hace referencia al *pacta sunt servanda* y al *favor contractus* como principios de la CISG: "De ser posible, una terminación del contrato que no es económicamente deseable debe ser evitada".

61 Así, STEFAN GRUNDMANN. "Regulating Breach of Contract - The Right to Reject Performance by the Party in Breach", en G. VETTORI (ed.). *Remedies in Contract*, Padua, Cedam, 2008, 83; el autor afirma que esta razón "es mucho más honesta que el argumento tradicional de que los contratos deben ser conservados en la medida de lo posible".

62 HUBER. "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 31.

63 *Ibíd.*, 20 y ss.

64 *Ibíd.*, 21.

65 Sobre el incumplimiento esencial, ver además *infra*, notas 72 y 76. HUBER ("Remedies of the Buyer", cit. [nota 27], 213) indica cómo la definición general de la figura sigue

técnica implementada en Alemania que tiene como eje fundamental la fijación de un plazo posterior que termina configurando indirectamente un "derecho" del vendedor al saneamiento de su incumplimiento⁶⁶; ahora se contrastará con la solución ofrecida por la CISG.

La disciplina contenida en la CISG parte del concepto de no conformidad con lo pactado en el contrato como una violación de las obligaciones del vendedor⁶⁷. Cualquier falta del vendedor que no cumpla con una de las exigencias contenidas en el artículo 35 1 (cantidad, calidad y descripción estipuladas en el contrato, así como el envase y embalaje fijado en él)⁶⁸ constituye un incumplimiento de sus obligaciones⁶⁹, lo que da lugar a una serie de remedios a favor del comprador. Estos remedios, cuyo principal fundamento se encuentra en el artículo 45, consisten

siendo necesariamente vaga debido a la heterogeneidad de las figuras que cubre. Por tal motivo la aproximación al concepto debe ser casuística, distinguiendo entre diferentes escenarios típicos. Una síntesis de dichos escenarios se puede encontrar *ibid.*, 225 y ss.

66 *Supra*, 1.

67 "Como obligaciones del vendedor en el sentido del art. 45 1, independientemente de que se trate de obligaciones principales o accesorias, se consideran: la obligación de entrega de la mercancía (art. 30, 31), de conformidad con el contrato (arts. 30, 35); la obligación de transmisión de la propiedad (art. 30), libre de derechos o pretensiones de un tercero (art. 41 y ss.); la obligación de entrega de los documentos relacionados con el contrato o determinados por la costumbre mercantil (arts. 30, 34); otras obligaciones previstas en el contrato [...]. También obligaciones de no hacer [...]. En la medida en que por integración del contrato o de la Convención se establezca que el vendedor tiene obligaciones de protección, información o prevención, también su violación se entiende comprendida en el art. 45 1"; MARKUS MÜLLER-CHEN, en SCHLECHTRIEM/SCHWENZER. *Kommentar zum einheitliche UN-Kaufrecht (CISG)*, 5.ª ed., 2008, art. 45, 628, n.º 3.

68 Con las excepciones previstas en el num. II del mismo artículo: "Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

- a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo;
- b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;
- c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;
- d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas."

69 FRANCO FERRARI. "Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods", en *Rabels Zeitschrift*, 68, 2004, 475. Por otra parte, el incumplimiento prescinde del requisito de la culpa, con la consecuencia de que aun en caso de que exista una causal de exoneración del vendedor de acuerdo con el artículo 79, el supuesto de hecho del incumplimiento activa los remedios del comprador, sólo se excluye la obligación de resarcimiento de daños y, eventualmente, dependiendo de la causa del incumplimiento, la pretensión de cumplimiento (art. 79 v). Ninguno de los remedios estará a disposición si el incumplimiento se debe a una acción u omisión del comprador (art. 80); al respecto, ver M. MÜLLER-CHEN. *Ob. cit.* (nota 50), art. 45, 629, n.º 8; MICHAEL R. WILL, en C. M. BIANCO/M. J. BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, 331.

en: cumplimiento (incluyendo sustitución o reparación), resolución del contrato, reducción del precio resarcimiento de los daños⁷⁰.

A diferencia del derecho alemán, la CISG concede la *técnica del plazo posterior para el cumplimiento* sólo al arbitrio del comprador, por lo que, en principio, en el caso de una entrega no conforme (en donde se comprende la materia tradicional de los vicios materiales) el comprador tendría inmediatamente a disposición los demás remedios mencionados⁷¹. Sin embargo, la CISG recurre a otra técnica con el fin de limitar el recurso a la resolución del contrato, pues exige como requisito para su ejercicio que la no conformidad constituya un *incumplimiento esencial* (art. 49 1a), tal y como es definido en el artículo 25⁷². Este requisito para la resolución sólo se obvia en un caso, esto es, cuando el comprador, ante la no entrega de la mercancía, ha concedido un plazo posterior para el cumplimiento y éste ha transcurrido sin éxito (art. 49 1b). El requisito del incumplimiento esencial también es exigido para poder solicitar la sustitución de la mercancía (art. 46 II), lo que evidencia un paralelismo con el tratamiento de la resolución del contrato, que encuentra su razón de ser en que en ambos casos los costos y riesgos en los que se incurre para devolver la mercancía y entregar una nueva se elevan considerablemente, por lo que se estimó conveniente limitar su disponibilidad a casos que revistan cierta gravedad⁷³.

Adicionalmente, en la CISG también juega un papel importante el *derecho del vendedor a una corrección del incumplimiento* (art. 48). En efecto, se establece que "el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador". Este derecho del vendedor prima sobre el derecho del comprador a pedir la reducción del precio (art. 50)⁷⁴, pero está subordinado al ejercicio de la resolución del contrato por parte del comprador, de conformidad con la reserva contenida en el artículo 49.

70 HUBER. "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 14.

71 No obstante, una vez que el comprador ha concedido el plazo al vendedor, este es vinculante (art. 47 II).

72 Sin embargo, el hecho de que la misma CISG contenga una definición no ha garantizado una interpretación uniforme de lo que se debe entender por "incumplimiento esencial"; al respecto, ver GERHARD LUBBE. "Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results", en *Rebels Zeitschrift*, 68, 2004, 445 y ss.; FERRARI. "Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods", cit. (nota 69), 473 y ss.

73 HUBER, "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 23; WILL. Ob. cit. (nota 69), 337 y ss.

74 La razón de ser de esta prelación tiene que ver con el principio de la primacía de la corrección del incumplimiento que orienta la disciplina de la CISG.

Sin embargo, esta reserva ha sido objeto de debate, pues se pregunta en qué medida si el vendedor puede corregir su incumplimiento se pueda hablar de un incumplimiento esencial que es presupuesto para poder activar el remedio de la resolución⁷⁵. La doctrina ha encontrado poco a poco un consenso mediante una interpretación ponderada de la reserva, en el sentido de que el peso objetivo de la no conformidad no es el único factor que determina el carácter esencial del incumplimiento, sino que hay otros factores que se deben sopesar, entre ellos la posibilidad de que el vendedor pueda subsanar el defecto sin demora o inconvenientes irrazonables para el comprador, lo que se deberá determinar en el caso concreto⁷⁶. Así, por medio de esta interpretación se llega indirectamente a la conclusión de que, por regla general, en la medida en que existan los presupuestos del artículo 48 I (esto es, la posibilidad de la corrección del incumplimiento del vendedor en las condiciones allí mencionadas), no existirán los presupuestos para configurar un incumplimiento esencial que es requisito indispensable para poder pedir la resolución del contrato⁷⁷.

La exposición anterior muestra en qué medida se diferencian los remedios previstos por la CISG con los implementados en Alemania, aun cuando se buscan objetivos similares. En la CISG se reconoce la *primacía de la pretensión de cumplimiento*⁷⁸, motivo por el cual también se concede la posibilidad de la corrección del incumplimiento por parte del vendedor; así mismo, *el remedio de la resolución del contrato y el cumplimiento por medio de sustitución de la mercancía* se limitan a casos graves

75 ULRICH MAGNUS, en *The Draft Uncitral Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, CILE Studies, Pittsburg, Thompson/West, 2005, 323, hace referencia a un potencial círculo vicioso: "No hay derecho a corregir si el incumplimiento es esencial, pero no hay incumplimiento esencial si el defecto se puede corregir".

76 M. MÜLLER-CHEN. Ob. cit. (nota 67), art. 48, 668, n.º 15; ULRICH MAGNUS. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*. *Staudinger Kommentar*, Berlín, Sellier-De Gruyter, 2005, art. 48, 509, n.ºs 29 y ss.; ÍD. (nota 64), 331: el argumento en favor de la prevalencia del artículo 48 es la buena fe que exige que el vendedor pueda tener una oportunidad para corregir su incumplimiento; el argumento a favor de la prioridad del artículo 49 es que el comprador debe estar legitimado para resolver el contrato cuando hay un incumplimiento grave; sin embargo, una sola solución para casos concretos tan diversos será siempre problemática. Para P. HUBER ("*CISG-The Structure of Remedies*", cit. [nota 59], 23), en realidad el problema se desplaza a determinar si se puede hablar de un incumplimiento esencial cuando es posible subsanar ese incumplimiento en las condiciones señaladas en el artículo 48. El autor sugiere cuatro criterios que deben ser tomados en cuenta para determinar si un determinado incumplimiento es esencial: 1. las condiciones cuyo incumplimiento las partes hayan determinado en el contrato como esencial; 2. la gravedad del incumplimiento; 3. la posibilidad de que el vendedor corrija su cumplimiento; 4. el criterio del uso razonable de las mercancías no conformes.

77 M. MÜLLER-CHEN. Ob. cit. (nota 67), art. 48, 669, n.º 18. En el mismo sentido, INCEBORG SCHWENZER. "Avoidance of the Contract in Case of Non-conforming Goods (art. 49 I, a CISG)" en la página de la Uncitral [www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Schwenzer.pdf] (consultado el 10.03.09); ALEJANDRO M. GARRO, en *The Draft Uncitral Digest and Beyond*, cit. (nota 75), 366.

78 M. MÜLLER-CHEN. Ob. cit. (nota 67), art. 46, 641, n.º 1; U. MAGNUS. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit. (nota 76), art. 46, 479, n.º 4.

mediante el recurso al concepto de *incumplimiento esencial*. En parte, y sólo en parte, estas características se encuentran en el nuevo derecho alemán de la compraventa pues, como se ha mostrado, allí se recurre a otras técnicas. En el derecho alemán, la segunda oportunidad de cumplimiento a favor del vendedor es consecuencia de la fijación del plazo para la corrección del incumplimiento que, a su vez, es un presupuesto para que el comprador pueda recurrir a los remedios de la resolución del contrato, la reducción del precio y la denominada indemnización de los daños en lugar de la prestación. Esta configuración del plazo para la corrección del incumplimiento como requisito para ejercer las demás pretensiones que le otorga la ley al comprador —una técnica que se complementa con la regla que excluye la resolución sólo en caso de vicios menores (§ 323 V del BGB)⁷⁹— es quizás el elemento que más aleja a la disciplina alemana de la CISG en lo referente a los remedios frente al incumplimiento del vendedor⁸⁰.

Es por esto por lo que también ha sido afirmado que, a pesar de compartir los fundamentos de la CISG, el régimen del derecho alemán se preocupa más por el cumplimiento del contrato —de allí el establecimiento del plazo para la corrección del incumplimiento como requisito para poder ejercer los demás remedios sin hacer ninguna diferencia entre reparación o sustitución—, mientras que la CISG está más interesada en evitar la restitución de las mercancías debido a los mayores costos y riesgos que esto implica —de allí el recurso al presupuesto del incumplimiento esencial para acceder a la sustitución de las mercancías y a la resolución del contrato⁸¹.

IV. OTROS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO

Más allá de las diferencias específicas apenas mencionadas, de cierta manera la forma alemana es reflejo de una convergencia, de una tendencia internacional que,

79 "[...] Si el deudor no ha ejecutado la prestación de conformidad con el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante".

80 Otras diferencias relevantes en la forma como se configuran los remedios son señaladas por P. HUBER: "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 28 y ss. En especial se señala: a. en materia de reducción de precio, que mientras la disciplina alemana lo subordina al plazo para la corrección del incumplimiento, la CISG no establece mayores limitaciones para su ejercicio, lo que explica el autor con los bajos costos de transacción y riesgos que este remedio implica; b. en materia de sustitución de la mercancía como modo de corregir el cumplimiento, el derecho alemán somete este caso a los mismos requisitos de la reparación, colocándolos en el mismo nivel, mientras que la CISG busca limitar el recurso a la sustitución mediante el requisito de la configuración de un incumplimiento esencial; esto, como ya se mencionó, debido a su paralelismo con la resolución del contrato en cuanto a costos y riesgos que ambos mecanismos implican.

81 Así de forma límpida lo explica P. HUBER: "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 34. De forma muy descriptiva afirma el mismo autor: "En pocas palabras, de acuerdo con el derecho alemán el consejo para el comprador sería: "¡Fija un plazo (*Nachfrist*)!". Frente a la CISG: "¡Conserva las mercancías y ve por los perjuicios!".

partiendo de un tratamiento más o menos uniforme de casos de incumplimiento por no conformidad con el contrato⁸², busca abrir un espacio a la corrección de la prestación defectuosa del vendedor entre las acciones o remedios que el comprador tiene a disposición, optando al mismo tiempo por soluciones que reduzcan los costos implicados y que sean más acordes con la realidad socioeconómica vigente. Por una parte, esta visión ha sido adoptada lógicamente por un instrumento como la CISG que fue ideada primordialmente para los contratos comerciales (denominados *b2b*) en el ámbito internacional⁸³. Por otra, el mismo espíritu está presente en la directiva comunitaria en materia de venta de bienes de consumo, lo cual, dicho sea de paso, permite deducir que la directiva en realidad no tiene como eje central la protección del consumidor y por lo tanto no es propiamente derecho del consumidor sino que busca integrar funcionalmente este actor al mercado, y en esta medida "un derecho contractual que regula la oferta por parte de empresas comerciales en el mercado no puede ser otra cosa sino derecho privado general"⁸⁴.

82 Ver *supra*, nota 11. Como ya se mencionó, esta decisión tiene un sentido "prácticamente liberador" y una virtud "ordenadora" frente al problema de la dificultad, si no imposibilidad, para establecer criterios claros de distinción entre hipótesis como los vicios materiales, la falta de calidad y el denominado *aliud pro alio*; así, GIUSSEPE AMADIO. "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", en *Studi in Onore a Piero Schlesinger*, t. II, Milán, Giuffrè, 2004, 995, 1009, nota 59.

83 Sobre el ámbito de aplicación de la Convención y la dificultades de delimitación con los contratos con el consumidor, ver FRANCO FERRARI, en *The Draft Uncitral Digest and Beyond*, cit. (nota 75), 81. A pesar de la irrelevancia declarada del carácter civil o comercial del contrato (art. 1 III), la exclusión de las ventas de bienes destinados al uso personal "conducen *de facto* a la limitación de la esfera de aplicación de la CISG a los contratos comerciales". El único criterio que se debe tomar en cuenta para determinar qué ventas no se someten al régimen de la Convención es "la intención con la que se compran las mercancías", "el uso real de las mismas es irrelevante". En el mismo sentido, PETER HUBER, "Scope of the application of the Convention", en HUBER/MULLIS. *The CISG*, cit. (nota 27), 49.

84 Así, STEFAN GRUNDMANN. "Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?", en *European Business Law Review*, 2003, 238; en el mismo sentido, GIUSSEPE AMADIO. "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", en *Studi in Onore a Piero Schlesinger*, t. II, Milán, Giuffrè, 2004, 990: "El legislador europeo también en esta ocasión "persevera en recubrir con la noble vestidura de la protección del consumidor, intervenciones que en esencia son instrumentales para el logro del mercado interno y, en consecuencia, para la protección del tráfico". La directiva constituye un instrumento de armonización mínima (art. 8.º), por lo que se autorizó a los países miembro a adoptar o mantener disposiciones con un nivel más alto de protección al consumidor. De allí que la implementación en los diferentes países haya conducido a resultados heterogéneos. Sólo como ejemplo se puede contrastar diferentes soluciones: la alemana, ya expuesta, que integró el régimen de vicios al del incumplimiento en general, extendiendo las exigencias de la directiva a todo tipo de compraventa, contemplando sólo algunas normas especiales para las ventas de consumo; *la solución italiana*, que se ciñó estrictamente al ámbito de aplicación de la directiva, con lo cual al lado del régimen general del incumplimiento y del régimen particular en materia de vicios (art. 1490 y ss. c. c. it.), se agregó un régimen particular para las ventas de bienes de consumo siguiendo el esquema de la directiva (arts. 128-135 *Codice del consumo*). Sin embargo, con base en el artículo 8.º de la directiva (art. 135 *Codice del consumo*), el consumidor puede hacer efectivas sus pretensiones de acuerdo con el régimen general de la compraventa y de la venta de

Bajo este entendido, son completamente comprensibles las críticas que se han dirigido contra la directiva por tratar de encubrir sus finalidades con ese manto, en cuanto "junto a la finalidad de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, están presentes finalidades contrastantes y sobre todo la de asegurar una protección al mercado por medio de algunas disposiciones destinadas a tutelar más al vendedor-profesional que al comprador-consumidor"⁸⁵.

Más recientemente han sido los Principios de Derecho Europeo en materia de compraventa los que han confirmado este camino⁸⁶. Allí se concede como derecho primigenio del comprador el "exigir que se subsane la falta de conformidad de los bienes mediante su reparación o sustitución" (art. 4:201 [a]), además de los mecanismos tradicionales de protección, esto es, la resolución, la reducción del precio y la indemnización de los daños y perjuicios. Pero, al mismo tiempo, en el artículo 4:203 se concede al vendedor la oportunidad de corregir su incumplimiento, si este "nada más haber recibido la notificación de la falta de conformidad ofrece subsanarla", salvo que "el comprador tenga razones para creer que el vendedor no será capaz de subsanar la falta de conformidad del bien en un plazo razonable

bienes de consumo en una concurrencia electiva, al respecto ver MANSEL. "Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts", cit. (nota 2), 436. Un camino diferente fue tomado en *España*, donde al igual que en Italia se conservó el régimen de vicios ocultos basado en las acciones edilicias del derecho romano; por otro lado, se implementó la directiva mediante una "Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo" (Ley 23/2003) que se suma a la ya existente "Ley General de Defensa de los Consumidores". Pero en lo relativo a los mecanismos de protección previstos en la ley de implementación de la directiva, a diferencia de Italia, expresamente se advierte que ellos son irrenunciables e incompatibles con el ejercicio de las acciones edilicias; al respecto, ESTHER TORRELLES TORREA. "El leve acercamiento de la Ley de Garantías de los Bienes de Consumo a la *non-performance*", en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Dr. Mariano Alonso Pérez*, t. II, Madrid, La Ley, 2006, 830 y ss., quien además critica fuertemente el camino tomado pues "lo que tenemos [...] es una normativa del CC obsoleta y desfasada, una Ley de consumidores derogada tácitamente y una Ley de garantías puntual y concreta para un determinado tipo de bienes y sujetos".

85 LUMINOSO. *La compraventa*, cit. (nota 34), 299, 333.

86 *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Sales* (PEL S), dirigido por EWOUT HONDIUS, VIOLA HEUTGER, CHRISTOPH JELOSCHKE, HANNA SIVESAND y ANETA WIEWIORSKA, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford U. Press, 2008. Ver también el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), libro III, en particular, sección 2 (Cure by debtor of non-conforming performance), artículo 3:202, n.º 2, que al tratar las reglas generales prevé: "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", y el artículo 3:203, que determina cuándo el acreedor no está forzado a conceder al deudor la oportunidad para corregir su incumplimiento: "The creditor need not [...] allow the debtor a period in 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".

y que ocasionará al comprador inconvenientes que no son razonables” o que “la naturaleza de la falta de conformidad dé al comprador razones para no confiar en el futuro cumplimiento del vendedor”. Una vez más, los otros remedios o mecanismos de protección, como la resolución del contrato –que, por lo demás, está sometido al requisito del incumplimiento esencial⁸⁷ y la reducción del precio, están jerárquicamente subordinados a la oportunidad que tiene el vendedor de subsanar su incumplimiento⁸⁸. Si el comprador no concede al vendedor la oportunidad de subsanar la no conformidad de su cumplimiento a pesar de ser pertinente, por lo general perderá la posibilidad de recurrir a los remedios o mecanismos de protección secundarios⁸⁹.

También, desde un punto de vista más general, se puede afirmar que los principios Unidroit reflejan esta misma tendencia⁹⁰. En efecto, si bien este instrumento se ocupa de la parte general del derecho de los contratos (comerciales internacionales) sin regular tipos contractuales específicos, en materia de remedios frente al incumplimiento del contrato se han adoptado las mismas técnicas que de una u otra forma se pueden encontrar en las legislaciones e instrumentos ya mencionados. Así, se prevé la posibilidad de que en caso de demora en el cumplimiento, el acreedor fije un plazo para que el deudor subsane su incumplimiento, transcurrido infructuosamente el cual podrá pedir la resolución del contrato (art. 7.3.1, n. 3 junto con 7.1.5)⁹¹; se recurre al concepto de incumplimiento esencial como presupuesto para poder resolver el contrato (art. 7.3.1, n.1); y se le concede al deudor la posibilidad de subsanar su incumplimiento⁹², un derecho que no se excluye aunque el acreedor notifique que el contrato ha sido resuelto (art. 7.1.4).

Todos los modelos mencionados parten del reconocimiento de que en cualquier caso de incumplimiento –y la presencia de un vicio material es considerado uno más– debe concederse al comprador/acreedor la posibilidad de exigir el cumplimiento (o debido cumplimiento). Además, se refuerza la idea de que mientras el

87 Salvo que se trate de una venta de consumo, caso en el cual se cambia el criterio del incumplimiento esencial por un estándar más bajo: el comprador en una venta de consumo puede resolver el contrato salvo que la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 4:206 [2]).

88 PEL S, cit. (nota 86), comentario sub. art. 4:102, C, 257; comentario sub. art. 4:201, B, 263.

89 PEL S, cit. (nota 86), comentario, sub. art. 4:203, C, 276.

90 Sobre la CISG como punto de referencia obligatorio para la elaboración de los principios Unidroit, ver MICHAEL JOACHIM BONELL. *Un 'codice' internazionale del diritto dei contratti*, 2.^a ed., Milán, Giuffrè, 2006, 323 y ss.

91 Salvo que la prestación incumplida sea sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte que incumple, de conformidad con el artículo 7.1.5, n. (4); en este caso el acreedor deberá recurrir a los demás mecanismos de protección.

92 De conformidad con el artículo 7.1.4, los requisitos para que sea procedente la subsanación del incumplimiento son: a. que la parte que incumple notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; b. que la subsanación sea apropiada a las circunstancias; c. que la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y d. dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

vendedor/deudor pueda subsanar su incumplimiento sin causar inconvenientes irrazonables al comprador/acreedor, le debe ser concedida esa posibilidad, lo que podría considerarse una forma consolidada de la extensión del deber de colaboración que tiene el acreedor para lograr su plena satisfacción⁹³. En fin, se tiende a considerar el mecanismo de la resolución del contrato como un último recurso, lo que si bien a primera vista busca sostener el principio de la conservación del contrato, en realidad encuentra como motor un motivo económico determinante: los mayores costos que implica esta solución quieren ser evitados en la medida de lo posible. Es por estas razones por las que en la mayoría de los modelos mencionados, cada uno con sus propias particularidades, se adopta un sistema jerárquico de remedios.

V. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA: LOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO Y LOS REMEDIOS EN MATERIA DE VICIOS OCULTOS EN COLOMBIA⁹⁴

¿Cómo se presenta la disciplina sobre vicios ocultos en Colombia frente a los modelos ofrecidos por el derecho comparado? La ratificación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías por parte de Colombia y su entrada en vigor en el año 2002 es una buena oportunidad para revisar la variedad de regímenes que se sobreponen en el ámbito colombiano. Claro está que un análisis integral del problema merece un tratamiento que no puede ser abordado en esta sede, pues son muchos y muy complejos los aspectos que deben ser tomados en consideración: desde la cuestión de la relación del concepto de vicio material con otros conceptos adyacentes (p. ej., la falta de calidad, el *aliud pro alio*), hasta la reconsideración del sistema de remedios y su coordinación con el régimen general del incumplimiento⁹⁵. Por lo tanto nos limitaremos a hacer algunas observaciones y concluiremos dentro de la línea desarrollada a lo largo del escrito, esto es, la oportunidad del vendedor de subsanar el incumplimiento derivado de la entrega de un bien con vicios materiales en el contexto de los remedios o mecanismos de protección concedidos al comprador.

En el ordenamiento colombiano se pueden identificar, por una parte, los regímenes del Código Civil y del Código de Comercio, que se ocupan del problema de los vicios ocultos en la compraventa y de las acciones que están a disposición

93 Hay deberes "a cargo del sujeto activo, en orden a facilitar y, en algunos casos, incluso a hacer posible el cumplimiento del deudor": FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3.ª ed., 2007, 559.

94 Agradezco a CATALINA SALGADO las observaciones al texto de este acápite.

95 El intento más reciente y completo por abarcar el tema en Colombia se encuentra en JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA. "La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno –vicios ocultos y garantía mínima presunta– y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías", en VV. AA. *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, 217 y ss.

del comprador en tal caso; por otra, existe un régimen especial que prevé la denominada "garantía mínima presunta" que sólo se aplica a las relaciones de consumo y que cuenta con un supuesto de hecho más amplio que el de los vicios ocultos.

La hipótesis del saneamiento de los vicios ocultos⁹⁶ se encuentra regulada tanto en el Código Civil (arts. 1914-1927) como en el Código de Comercio (fundamentalmente, arts. 934-938)⁹⁷, y es considerada una de las obligaciones del vendedor (art. 1880 C. C.). En estas normas se refleja claramente la fidelidad de los codificadores colombianos a la tradición proveniente de las acciones edilicias del derecho romano, al conservar el doble remedio a favor del comprador, esto es, la rescisión (resolución)⁹⁸ del contrato o la rebaja proporcional del precio. Además, se obliga al vendedor a la indemnización de perjuicios en el caso de que conociera los vicios y no los hubiera declarado o si eran de tal magnitud que ha debido conocerlos por razón de su profesión u oficio (art. 1918 C. C., 934 inc. 2.º C. Co.).

Ahora bien: el régimen de vicios ocultos es considerado una manifestación específica de la disciplina general del incumplimiento⁹⁹, reflejo de una antigua obligación de seguridad¹⁰⁰, que debido a su desarrollo histórico presenta rasgos característicos, cuales son las acciones o remedios que se conceden al comprador, los presupuestos para activar la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios¹⁰¹, así como el diverso término de prescripción. La necesidad de distinguir

96 Arts. 1914 y 1917 C. C.; art. 934 C. de Co. ALBERTO TAMAYO LOMBANA señala justamente la imprecisión terminológica en el Código Civil en el cual se hace referencia a "vicios redhibitorios" y se habla en general de "acción redhibitoria" incluyendo también la reducción proporcional del precio, cuando en realidad la *redhibición* es sólo uno de los remedios que se conceden al comprador en caso de la existencia de un *vicio oculto* (*El contrato de compraventa. Su régimen civil y comercial*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004, 175). En el mismo sentido, CÁRDENAS MEJÍA. "La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano...", cit. (nota 95), 235.

97 Además, en el Código de Comercio se regula la "venta con garantía de buen funcionamiento", que se trata en principio de una garantía voluntaria, pero que puede ser presunta si se trata de "cosas que se acostumbran a vender de ese modo" (art. 933). Esta garantía de buen funcionamiento puede hacerse valer alternativamente junto con las acciones concedidas por el artículo 934 si se cumplen los presupuestos de los vicios ocultos, pero no da derecho por sí misma ni a la resolución del contrato ni a la rebaja del precio y sólo comprende un derecho indemnizatorio; así CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1991 (M. P.: ALBERTO OSPINA BOTERO), en *Gaceta Judicial*, 2451, 128. Claro está, este derecho indemnizatorio no está limitado por los presupuestos de la indemnización de perjuicios previstos en el Código Civil y en el Código de Comercio, esto es el conocimiento del vendedor o su "deber conocer".

98 A *resolución* hace referencia el artículo 934 C. de Co., posiblemente tomando como ejemplo el código civil italiano que usa ese término (arts. 1492 y 1493 C. C. it.).

99 ARTURO VALENCIA ZEA. *Derecho civil. De las obligaciones*, t. III, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 1990, 341; ÍD. *De los contratos*, t. IV, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 1988, 85 y ss.; en el mismo sentido, GUILLERMO OCHOA GONZÁLEZ. *Contratos nominados civiles*, Medellín, Señal Editora, 1988, 48.

100 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, cit. (nota 93), 263.

101 "[...] la presencia del vicio oculto no da lugar, per se, a la indemnización de perjuicios;

entre el régimen especial y el general, así como las relaciones que existen entre ellos han sido reafirmadas recientemente por la Corte Suprema de Justicia¹⁰². En dicha ocasión la Corte consideró que "en materia de vicios del objeto, la regla general será la acción redhibitoria y sólo en casos excepcionales la establecida por el artículo 870 del Código de Comercio, atendida la necesidad de pervivencia del contrato y las mayores exigencias sobre la magnitud del daño en la acción resolutoria" (!) y consideró que "[p]ara hallar los confines de las diversas acciones derivadas del incumplimiento, es relevante poner atención a la forma como las partes se reflejan el resultado y consumación del acuerdo en orden a satisfacer sus expectativas". Sobre esta base la Corte afirmó que no todos los defectos son iguales ni merecen la misma respuesta por parte del derecho, y distinguió entonces los defectos "que determinan un incumplimiento que inutiliza el artefacto de manera ostensible, por asimilarse naturalísticamente en realidad a una falta total de entrega", de los otros defectos que "se presenten en grado tal que dificulten el goce de la cosa o lo hagan ineficiente para la labor contratada". En el primer caso se estaría legitimado para ejercer la acción de resolución general por incumplimiento (arts. 1546 C. C., 870 C. de Co.), mientras que en el segundo caso se debería recurrir a las acciones específicas de la redhibición (resolución) o la reducción del precio que ambos códigos prevén para el caso de vicios. La decisión tomada, que en el caso concreto deja ciertas dudas en cuanto a su fundamentación, sirve de punto de referencia para hacer tres observaciones:

1. La graduación de la gravedad del defecto introducida por la Corte no cuenta con un fundamento normativo, pues tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio el supuesto de hecho denominado por la Corte "defecto que inutiliza el artefacto de manera ostensible", sencillamente recae en uno de los supuestos del vicio redhibitorio, esto es, que el bien no sea apto para su uso natural o para el fin previsto en el contrato. Además, como lo ha indicado la doctrina¹⁰³, la argumentación presenta incoherencias desde el punto de vista práctico, pues la lógica de los términos de prescripción no guarda relación con la lógica de la gravedad del defecto. Si el defecto es tan grave que la cosa nunca ha funcionado, esto se evidenciará sin mayor dificultad, entonces ¿para qué un término de prescripción más largo? El intento de la Corte de restringir el supuesto

esta, como se acaba de anotar, depende del conocimiento que el vendedor hubiera tenido o debido tener, al tiempo del contrato, del vicio o defecto, en lo cual se palpa una diferencia cardinal con la acción resolutoria común (arts. 870 C. de Co., y 1546 C. C.), pues en ésta el resarcimiento sí está ligado, sin consideraciones adicionales, al incumplimiento de la obligación en el que se hace descansar la resolución", CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 1988.

102 CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de enero de 2005 (M. P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA).

103 CÁRDENAS MEJÍA. "La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano...", cit. (nota 95), 277.

de hecho de los vicios ocultos para traspasar algunos casos al régimen general del incumplimiento deja entrever el malestar que se deriva de los dos regímenes paralelos de incumplimiento, debido a la existencia de zonas grises con supuestos que, recayendo en estricto sentido en el régimen de vicios, son tratados acudiendo al régimen general del incumplimiento. A estos casos deben sumarse supuestos de hecho que no configuran propiamente un vicio (piénsese al *aliud pro alio*) y que por lo tanto se someten al régimen general del incumplimiento. Sin embargo, no existe un fundamento real que justifique su diverso tratamiento (¿por qué la entrega de un bien que no es apto para su uso natural debe ser tratado de forma distinta de la entrega de cosa diferente de la que se pactó?)¹⁰⁴.

2. Un malestar también se evidencia en la sentencia del año 2005 frente a la brecha del régimen de prescripción existente para uno y otro régimen (diez años - seis meses)¹⁰⁵. La Corte dejó la válvula abierta para recurrir a la acción general

104 Esta hipótesis del *aliud pro alio* es particularmente difícil de delimitar frente a la de los vicios ocultos cuando se trata de una obligación de género. Una decisión expresa en el sentido de equiparar el *aliud pro alio* (al igual que la entrega de menos de lo pactado) con los vicios materiales fue tomada con la reforma del derecho de las obligaciones en Alemania, § 434 III del BGB: "A un vicio material se equipara la entrega de una cosa por otra o la de una cantidad menor por parte del vendedor". Al respecto, ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 120. También los Principios de derecho europeo en materia de compraventa (PEL S) rechazan la diferencia entre los vicios materiales y el *aliud pro alio*, así expresamente en el comentario sub. art. 2:201 ("Conformidad con el contrato), E, 183. En Chile, la Suprema Corte se ha pronunciado recientemente (sentencia del 27 de julio de 2005) sobre el problema del incumplimiento, recurriendo a un concepto bastante amplio que abraza el campo de los vicios ocultos "tratados como un incumplimiento imperfecto que produce unos efectos especiales". En todo caso, la sentencia consideró que en el caso del *aliud pro alio* no se trata de un vicio oculto sino de un cumplimiento imperfecto que se rige por las normas del incumplimiento en general. Para la sentencia así como para una exposición de la relación entre incumplimiento y vicios ocultos en el ordenamiento jurídico chileno, ver ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES. "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista", en *Revista Chilena de Derecho*, v. 34, n.º 1, 2007, 41 y ss. Para la situación en otros modelos, ver también *supra*, nota 11.

105 Sobre las tendencias actuales en cuanto a la reducción de los términos, ver F. HINESTROSA. *La prescripción extintiva*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 236 y ss. Ver también ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations*, cit. (nota 2), 128 y ss., quien resume las tendencias actuales en materia de prescripción: 1. tendencia al establecimiento de términos de prescripción uniformes; 2. el período uniforme no debe ser ni particularmente corto (6 meses) ni demasiado largo (30 años); tiene que ser fijado entre 2 y 5 años, siendo considerado razonable en el ámbito internacional un término de 3 años; 3. el decurso de este término general relativamente corto debe ser contando no según un criterio objetivo sino debe depender de que el acreedor sabía o debía saber de forma razonable; 4. la prescripción no se debe prorrogar indefinidamente. Además el autor, criticando el primer borrador de la reforma del derecho de las obligaciones en Alemania, en donde se pretendió incluir un término corto y con un criterio objetivo, afirma que esto es "inaceptable pues equivale efectivamente en muchos casos a una expropiación". Valga recordar que los términos de prescripción en materia de vicios ocultos tanto del Código Civil como del Código de Comercio colombianos son cortos (en el Código Civil: 6 meses para la acción redhibitoria en caso de muebles, 1 año en caso de inmuebles; 1 año para la acción de rebaja de precio; en el Código de Comercio: 6 meses) y en todos los casos se recurre a un criterio objetivo para contar el término: el momento de la entrega

de resolución por incumplimiento aunque sólo en casos extremos, esto es, cuando el defecto inutilice la cosa ostensiblemente (equiparándola a la no entrega) y de este modo busca limitar la generalización indiscriminada del amplio término de prescripción y evitar así una perturbación de la certeza jurídica. En el caso concreto buscó impedir que se evadiera el término de prescripción breve previsto para los casos de vicios ocultos, lo cual se justificaba debido a la situación particular, en la cual las partes habían estado en negociaciones posteriores a la identificación del defecto. Que la preocupación de la Corte en su decisión girara en torno al problema de la prescripción lo demuestra además el hecho de que en ambos casos el mecanismo de protección que estaba a disposición del comprador era igualmente gravoso, esto es, la resolución del contrato (en un caso la resolución con base en el artículo 870 C. de Co., en el otro con base en el régimen de vicios del artículo 934 C. de Co.).

3. Como se ha visto, uno de los instrumentos encontrados en algunos modelos del derecho comparado analizados es el de recurrir al criterio del "incumplimiento esencial" entendido como un incumplimiento grave con el fin de confinar el ejercicio de la acción de resolución¹⁰⁶. Por el contrario, en la sentencia analizada la gravedad del defecto como criterio para determinar el régimen aplicable está basada en una razón puramente objetiva de la aptitud intrínseca del bien, y no con el ánimo de limitar el ejercicio de la resolución del contrato, sino para modular el término de prescripción. Esto nos lleva a una tercera observación. Más allá del término de prescripción, permanece incólume el resultado práctico de la resolución del contrato cuando se presenta un vicio oculto. En los regímenes de vicios ocultos en Colombia el ejercicio de la resolución del contrato sólo encuentra una limitación si el vicio no es de tal magnitud que el bien no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente (art. 1925 junto con art. 1915 n. 2 C. C.). En los demás casos la acción de resolución siempre puede ser ejercida¹⁰⁷.

Por último, como ya se indicó, además de los regímenes de vicios ocultos contenidos en los códigos, en el ordenamiento colombiano existe la denominada "garantía mínima presunta" que está regulada en el Decreto 3466 de 1982, conocido también como "Estatuto del consumidor" (arts. 12, 13 y 29). Se trata de una garantía legal imperativa¹⁰⁸ que está a cargo del productor y que "se entiende

(real).

106 Ver *supra*, III.

107 "En el sistema de acciones edilicias y en los ordenamientos jurídicos que siguen el modelo romano la resolución estaba fácilmente a disposición del comprador [...] Sin embargo durante el siglo XX surgió una clara tendencia que se aleja de la inmediata disponibilidad de la acción de resolución. Muchas legislaciones modernas en materia de compraventa [...], así como los instrumentos internacionales [...] consideran la resolución del contrato como un último recurso que sólo debe ser concedido si los demás remedios (p. ej., cumplimiento, reducción del precio y resarcimiento de los daños) conducen a resultados inaceptables": HUBER, "CISG-The Structure of Remedies", cit. (nota 59), 19.

108 Al respecto CÁRDENAS MEJÍA. "La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa

pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios" en relación con "las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro" (art. 11, inc. 1.º). Contenido de la garantía son "las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización, de reparar y de suministrar los repuestos necesarios para este último efecto" (art. 13, inc. 1.º) y sólo "en caso de repetirse la falla" se concede al consumidor la posibilidad de sustitución (art. 13 inc. 2º junto con el art. 29, inc. 1.º) o la posibilidad de "desistir de la compraventa del bien" (art. 29, inc. 1.º)¹⁰⁹. En cualquier caso, se puede solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar (art. 29, inc. 1.º *in fine*).

Esta figura, a diferencia del régimen de vicios ocultos de los códigos civil y de comercio, tiene un ámbito de aplicación limitado, como lo aclaró recientemente la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2005¹¹⁰. En dicha ocasión se advirtió que las disposiciones contenidas en dicho estatuto son solamente aplicables a las relaciones de consumo, en la medida en que una de las partes ostente la calidad de consumidor, esto es, "sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial –en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social–, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo". Por otra parte, si bien al incluirse como contenido de la garantía la obligación de reparación aparentemente se amplía el abanico de posibilidades a favor del consumidor ante la falta de calidad o idoneidad de un bien (o servicio) adquirido, en realidad su situación se ve desmejorada pues el resto de pretensiones (sustitución del bien o servicio, desistimiento del contrato) se encuentran subordinadas a la eventualidad de que habiéndose reparado el problema, se repita la falla. En estas condiciones quedan serias dudas de que el régimen de la "garantía mínima presunta" sea más favorable para el consumidor.

en el derecho colombiano", cit. (nota 95), 262.

109 Ver también el último proyecto de ley que trata esta materia, proyecto de Ley 082 de 2008 presentado al Senado de la República, consultado en la *Gaceta del Congreso* 502 de 2008, disponible en [http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3]. En este proyecto, con el que se pretende actualizar el Decreto 3466 de 1982, se retoma el tema de la garantía legal (arts. 7-17) y se conserva como contenido de la garantía la obligación la relación jerárquica entre reparación y sustitución. Curiosamente, en este proyecto ya no se hace mención de la posibilidad de desistimiento del contrato.

110 CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005 (M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE).

Para concluir, valga sólo insistir en el hecho de que el régimen de vicios materiales, tal y como está contenido en los códigos Civil y de Comercio colombianos, está moldeado sobre las acciones edilicias del derecho romano que respondían a una realidad socioeconómica en la cual los vicios por su naturaleza eran físicamente insubsanables y los bienes vendidos estaban determinados como cosa cierta¹¹¹. Sin embargo, en una sociedad en la que la producción en masa lleva a que los productos disponibles en el mercado sean en gran parte reemplazables y que debido a su complejidad técnica y tecnológica sean también reparables, se comienzan a revelar algunas carencias del régimen tradicional.

Entre las cuestiones que llevan a reflexionar está precisamente la de si debe concederse al vendedor la posibilidad de corregir su incumplimiento derivado de la entrega de un bien con vicios materiales, y bajo qué modalidades debe ser esto permitido. El Estatuto del consumidor contiene ya una solución sectorial que si bien obedece a esa nueva realidad, lo hace de forma limitada y en detrimento del consumidor. Mientras que la tendencia actual es la de dar la alternativa reparación-sustitución al comprador/consumidor, previendo mecanismos para evitar que la opción tomada sea demasiado gravosa para el vendedor¹¹², en el mencionado estatuto la única opción inicial concedida es la de la reparación y sólo si ésta falla se da al consumidor la posibilidad de solicitar la sustitución o desistir del contrato. Ciertamente detrás de esta posibilidad se esconde un argumento económico que busca las soluciones que impliquen menos costos. Pero por encima de todo se debe tener en cuenta que la finalidad del vínculo obligatorio es la satisfacción del interés del acreedor y este debe ser el punto de referencia para establecer si una posibilidad de corrección del incumplimiento aún puede cumplir esa función de satisfacción¹¹³.

111 Al respecto, ver *supra*, notas 7, 8 y 9.

112 Un ejemplo claro de esta tendencia son los Principios de derecho europeo en materia de compraventa (PEL S), art. 4:204 (1) que concede la elección al vendedor "salvo que el método elegido conlleve un retraso o cause un inconveniente al comprador que no sean razonables, en comparación con otros métodos", pero que en el n. 2 concede la elección al comprador en caso de una venta de consumo, "salvo que la elección resulte ilegal o imposible, o vaya a ocasionar al vendedor inconvenientes o costes que no sean razonables".

113 "Íntegra la disciplina de las obligaciones ha solido enfocar, podría decirse que exclusivamente, el desempeño del deudor, que debe orientar desde un comienzo sus pasos de modo de poder ejecutar la prestación exactamente y, por lo mismo, reducir al mínimo los riesgos de incumplimiento, especialmente cuando la prestación se ha de proyectar en el tiempo [...] Con todo, recientemente se ha vuelto la mirada con mayor atención a la actitud del acreedor, al punto de insinuarse que el deudor tiene un 'derecho a su liberación' por medio del cumplimiento, que el acreedor no debería obstaculizar y menos impedir, so pena de comprometer su pretensión, hasta el punto de hacerse responsable de los perjuicios que el deudor llegue a sufrir por aquel comportamiento indebido. Sobre el acreedor pesan cargas, en obsequio propio y en consideración al interés de la otra parte, que se identifican y precisan en cada situación, dentro de un abanico empuñado por el principio de la buena fe, que no solamente le pone de presente no agravar o hacer más difícil u