

El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?

ANTONI VAQUER ALOY¹

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Lleida

RESUMEN

El artículo analiza el concepto de conformidad en la propuesta de anteproyecto de modernización del Código civil preparada por la Comisión General de Codificación y la compara con el proyecto de Marco Común de Referencia, la legislación comunitaria y el soft law. Sobre la base de un concepto general y unitario de incumplimiento (art. 1188), la conformidad se erige en concepto clave de un moderno derecho de obligaciones y contratos en España. Con todo, la conformidad sólo se regula en sede de contrato de compraventa, mientras que para otros contratos –el arrendamiento y la donación– simplemente se incluye una disposición que sustituye el concepto de saneamiento por el de conformidad. Por otra parte, no se propone una regulación actualizada del contrato de servicios, que permanece ajeno al concepto de conformidad. La propuesta de la Comisión General de Codificación sigue la senda correcta, pero es parcial e incompleta, por lo que todavía no cubre todas las necesidades de un derecho de obligaciones y contratos moderno.

PALABRAS CLAVE

Contrato, cumplimiento, incumplimiento, conformidad, compraventa, arrendamiento, servicios, donación.

¹ Texto íntegro con aparato bibliográfico de la ponencia pronunciada en las «Jornadas sobre el Derecho Privado Europeo y la Modernización del Derecho de Obligaciones en España», organizadas en la Universidad de Granada por el Grupo de Investigación de derecho civil «Ossorio Morales», por gentil invitación del profesor Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «El Proyecto de Marco Común de Referencia (Libros II y IV): Comentario Académico desde el Derecho Contractual Español» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN DER2009-13269-C03-01), así como en las actividades del Grupo de Investigación consolidado de la Generalidad de Cataluña 2009SGR689.

ABSTRACT

This essay analyses the concept of conformity in the proposal of a bill modernising the Spanish contract law prepared by the General Commission of Codification and compares it with the DCFR, European legislation and soft law. On the basis of a general and unitary notion of non-performance (art. 1188), conformity becomes a core concept for a modern contract law in Spain. However, conformity is only dealt with in the sales chapter. For other contracts such as lease or donation, a disposition only establishes the substitution of the Roman idea of «saneamiento» (the edilitian remedies) for the new one of conformity without any further adjustment. In addition, the current regulation of services remains unmodified. The proposal of the General Commission of Codification takes the right way, but it is partial and incomplete, and therefore it does not still fulfil all the requirements of a modern contract law.

KEYWORDS

Contract, performance, non-performance, conformity, sale, lease, services, contract for donation.

SUMARIO: I. *Hacia un concepto general de conformidad en el cumplimiento de los contratos.*—II. *El incumplimiento del contrato en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación.*—III. *La noción de falta de conformidad:* 1. *Concreciones de la falta de conformidad.* 2. *Las declaraciones públicas.* 3. *El conocimiento de la falta de conformidad por el comprador.* 4. *Aliud pro alio y falta de conformidad.* 5. *Conformidad material y conformidad jurídica.* 6. *El exceso de cabida.* 7. *El momento de la conformidad.* 8. *Otras normas sobre conformidad.*—IV. *La falta de conformidad en otros contratos o actos distintos de la compraventa:* 1. *El arrendamiento.* 2. *El contrato de servicios.* 3. *La donación.*—V. *Conclusiones*

I. HACIA UN CONCEPTO GENERAL DE CONFORMIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

En 1991, el profesor israelí Eyal Zamir publicó un interesante trabajo con este título: «Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts»². Su punto de partida es si los diferentes tipos de incumplimiento pueden ser y es conveniente que sean analizados desde un mismo marco conceptual, es decir, si hay algo en común en los distintos tipos de incumplimiento y, si es así, si cabe pergeñar un sistema único de responsabilidad para el incumplidor. Para el autor, esta base común puede encarnarse en la noción de conformidad. En su análisis de derecho comparado, aparte de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías (CISG), se detiene con espe-

² *Louisiana Law Review*, 1991, vol. 52, pp. 1 ss.

cial atención en el derecho austriaco, pues, a su parecer, es el que más claramente establece una noción general de conformidad; téngase en cuenta que cuando el autor escribe no se ha promulgado ni el nuevo CC holandés ni la modernización del BGB alemán. Con todo, creo que más que la regulación en sí, que no responde a la moderna conformidad que luego analizaré subapartado 3, lo más trascendente del ABGB es que la regulación se contiene en la teoría general de la obligación y no en un contrato en particular, si bien para algunos contratos se establecen reglas especiales. Zamir se decanta por un concepto general de conformidad, por ser más eficiente, pero que admita matices en función de la concreta relación obligacional, por ejemplo, de si se está ante una relación instantánea o de tracto sucesivo. Sin embargo, su concepción de la conformidad no es tan general como él mismo pretende, pues, por ejemplo, el *aliud pro alio* no constituiría un supuesto de falta de conformidad. Otra idea clave es que la conformidad sólo cabe aplicarla a las obligaciones de resultado, no a las obligaciones de medios³, ni tampoco a las obligaciones de no hacer.

El artículo del profesor Zamir me precede en veinte años y tiene el indudable mérito de plantear la conformidad como concepto general del derecho de obligaciones y contratos que rebasa el contrato de compraventa. Es muy sugerente su idea de que la conformidad sólo tiene cabida en las obligaciones de resultado, aunque su concepción de qué sea resultado difiere de la que se sostiene en las páginas que siguen. No comparo, sin embargo, la limitación de supuestos que abraza su noción de conformidad y que deja fuera, por ejemplo, el *aliud pro alio*. Estas dos ideas, que considero sustanciales, volverán a aparecer en este trabajo.

II. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

La propuesta de modernización de la Comisión General de Codificación (CGC)⁴ apuesta por un nuevo concepto de incum-

³ Zamir, «Toward a General Concept», p. 43: «the concept of conformity is only applicable to result obligations, as it cannot have effect in the context of obligations of means. (...) A difference between the agreed upon result and the actual result is, in such obligations, a necessary and sufficient condition for the existence of breach. As opposed to this, where the obligation can be met by adopting appropriate steps for achieving the result, then the difference between the hoped-for result and that actually attained in neither a sufficient condition nor a necessary one for the purpose of liability». El ejemplo con que ilustra su afirmación es un tratamiento médico, insistiendo en que las normas sobre conformidad sólo se hallan en contratos cuyas obligaciones son de resultado.

⁴ Comisión General de Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2009.

plimiento. De acuerdo con el art. 1188.I, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». El preámbulo ofrece la siguiente argumentación de este concepto de incumplimiento: «Conforme al nuevo sistema, la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor». Perspicazmente ha atribuido Nieves Fenoy⁵ la paternidad de esta definición al profesor Díez-Picazo, quien ha escrito que «para definir el incumplimiento puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en el art. 8:101 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos⁶: hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben»⁷.

«*Omnis definitio in jure periculosa est*», advertía Javoleno⁸. La definición propuesta contiene innumerables virtudes: proporciona un concepto unitario de incumplimiento, que engarza con las modernas orientaciones en el derecho comparado y con el derecho europeo⁹, a la vez que se hace eco de la evolución de la jurisprudencia

⁵ Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pp. 69-70, nota 42.

⁶ El art. 8:101 PECL bajo la rúbrica «remedios disponibles», en realidad está definiendo el incumplimiento como base del sistema de remedios de que dispone la parte perjudicada de la relación obligatoria. «There is non-performance whenever a party does not perform any obligation under the contract». Véase Ole LANDO, Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, parts I-II, The Hague, 2000, p. 359, comentario A. Además, Reinhard ZIMMERMANN, «Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo», en Id., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000, pp. 122-123; Ole LANDO, «Non-performance (breach) of contracts», en Arthur Hartkamp et al (ed.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Nijmegen, 2004, pp. 505 ss; Roberto CALVO, «Le conseguenze dell'inadempimento: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto», en Giovanni De Cristofaro (ed.), *I «Principi» del Diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 509: «L'art. 8:101 detta una nozione ampia d'inadempimento nell cui rientra ogni ipotesi di violazione dell'impegno obbligatorio».

⁷ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 2008⁶, p. 654.

⁸ D. 50, 17, 202.

⁹ La CISG –que España ha ratificado– y, inspirándose en ella, el Proyecto de Marco Común de Referencia y ordenamientos jurídicos nacionales como el alemán después de la «modernización» de 2001, han optado por un concepto unitario de incumplimiento que abraza todas las formas posibles de prestación inadecuada. En palabras de Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, p. 29, un concepto moderno de incumplimiento destaca por su amplitud: «consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento».

cia del Tribunal Supremo, como se comprobará en las páginas que siguen. Con todo, puede señalarse una pequeña sombra, cual es que hay incumplimiento, también, cuando el deudor no realiza la prestación, no sólo cuando no la realiza «exactamente», y este constituye, precisamente, el punto de partida de la clasificación que realiza el mismo profesor Díez-Picazo cuando aborda, tras la definición antes transcrita, la tipología de lesiones del derecho de crédito. En efecto, indica que «podemos, *prima facie*, separar dos situaciones que se presentan como distintas. La primera es aquella en la cual, en el momento al efecto prefijado, el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida», lo que llama «omisión de prestación (*Nichtleistung*)»¹⁰. Por consiguiente, en su literalidad, la propuesta de artículo definidor del incumplimiento no cubre todos los supuestos posibles, por más que una interpretación lógica acoja, como no podría ser menos, el supuesto de la inactividad completa del deudor. En este sentido, es más clara la redacción del art. 7.1.1. Principios Unidroit: «El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío»¹¹. Puede apuntarse, por otra parte, que la propuesta de la CGC sitúa el incumplimiento en la esfera del deudor, mientras que los Principios Unidroit lo predicen de «una parte», es decir, tanto deudor como acreedor. Con ello, parece que el derecho español intenta seguir fiel a la tradición de la *mora del acreedor*, pese a que esta noción no está suficientemente definida ni aceptada en el nuevo derecho europeo de contratos¹².

Si nos mantenemos en la literalidad del art. 1188 de la propuesta, y pese a que el precepto no lo menciona expresamente, la «no realización *exacta* de la prestación» nos conduce a un concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad. Este no es un concepto desconocido en derecho español. En virtud de la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determina-

¹⁰ Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, p. 654.

¹¹ Y, así, escribe Harriet Schelhaas, art. 7.1.1, en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 732, lo siguiente: «The PICC advocate a unitary concept of non-performance. Any kind of non-performance can –if the respective requirements are met– trigger the remedies of Chapter 7: defective performance (Art. 5.1.6), performance at the wrong time (Art. 6.1 and 6.1.5) or in the wrong place (Art. 6.1.6), incomplete performance (Art. 6.1.2 and 6.1.3), or total non-performance». Véase, además, David Morán Bovio, «Incumplimiento», en Id. (coord.), *Comentarios a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1999, pp. 317 ss.

¹² Al respecto, Antoni Vaquer, «Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law», *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002, pp. 83 ss, y «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 504 ss.

dos aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DVC), la falta de conformidad ya es parte de nuestro derecho, aunque por ahora sólo en el ámbito del derecho del consumo, con lo que conviven remedios procedentes de dos tradiciones, la falta de conformidad con origen en la CISG y el derecho comunitario y europeo y el saneamiento con origen en las acciones edilicias romanas, con los problemas de coherencia interna del sistema que de ello derivan¹³. La noción de falta de conformidad en el derecho contractual español general no se propone en la teoría general de la obligación, sino en sede de un específico contrato, el de compraventa. Ya el anteproyecto sobre compraventa de la CGC se orientaba hacia este modelo europeo, apuesta que ha reforzado la propuesta modernizadora publicada en 2009¹⁴. Procede, pues, examinar la regulación de la falta de conformidad de los bienes en la propuesta de la CGC, y para ello se establecerán las comparaciones necesarias con el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y con la propuesta de Directiva europea sobre derechos de los consumidores de 2008¹⁵ –de la que, por cierto, nada de cuanto

¹³ Por todos, María Paz GARCÍA RUBIO, «La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, 2003, pp. 1529 ss; Antonio Manuel MORALES MORENO, «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1623-1626.

¹⁴ Esencial, MORALES MORENO, «Adaptación» pp. 1609 ss. Consúltese, además, Nieves FENOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 223 ss.

¹⁵ Consultable en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:ES:PDF>. Esta directiva refunde hasta cuatro directivas: las 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. El proceso de aprobación de la directiva está siendo particularmente lento, en buena medida por su inicial carácter imperativo y no de mínimos, aspecto criticado fuertemente por la doctrina; véase Hans-Wolfgang MICKLITZ, Norbert REICH, «Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über "Rechte der Verbraucher", oder "der Beginn des Endes einer Ära..."», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 279 ss.; Vanesa MAK, «Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 55 ss; Willem VAN BOOM, «The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used», *Journal of Contemporary European Research*, 2009, pp. 452 ss; Javier LETE ACHIRICA, «La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?», en M.^a Paz GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, pp. 494-495; véase, además, las aportaciones en Michael STÜRNER (ed.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*, München, 2010. Otros autores han destacado que la propuesta de directiva no tiene en cuenta al DCFR; entre ellos, Martin W. HESSELINK, «The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?», *European Review of Contract Law*, 2009, pp. 290 ss.; Timothy Q. DE BOOYS, Martijn W. HESSELINK, Chantal MAK, «How the CFR Can Improve the Consumer Rights Directive: A Comparison between the Model Rules in the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's Proposal for a Consumer Rights Directive», Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/09, consultable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660; Hans SCHULTE-NÖLKE, «Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR», en Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009, pp. 29 ss; Reinhard ZIMMERMANN, «The Present State of European Private Law», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2009, pp. 487-489; Martin EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret* 2010/2, pp. 9-10.

se citará en este trabajo se ha incorporado finalmente a la nueva propuesta aprobada por el Consejo el día 24 de enero de 2011¹⁶-, en la medida en que innova en algunos aspectos la DVC y, por consiguiente, si llega a convertirse en derecho vigente, obligará a reformar, por lo menos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR LGDCU), que es donde ahora se contiene la transposición de la DVC.

III. LA NOCIÓN DE FALTA DE CONFORMIDAD

La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa¹⁷. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca (obsérvese que el art. 1475 deja a salvo «lo pactado por las partes»), la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación. Las partes gozan de la máxima discrecionalidad cuando diseñan la prestación. Pues bien, la falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente –la prestación real– y la cosa tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato –la prestación ideal– genera la no conformidad de la prestación, un concepto que engloba el cumplimiento defectuoso o inexacto, el retraso, los vicios o defectos de la cosa e incluso, como veremos, la prestación distinta a la pactada¹⁸.

La propuesta de la CGC parte de un artículo que ofrece un concepto general de conformidad. Se trata del art. 1474, que dispone lo siguiente: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». Si se compara con la noción de falta de conformidad en el DCFR, se echa de menos la referencia expresa a las expectativas del comprador

¹⁶ <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201102/20110210ATT13420/20110210ATT13420EN.pdf>

¹⁷ Marco Loos, «Sales law in the DCFR», Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2010/04, p. 18, disponible en <http://www.ssrn.com>.

¹⁸ Como advirtió Juana MARCO MOLINA, «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, p. 2299, «[s]e ha optado por una noción que representa no sólo una síntesis, sino sobre todo una superación de la tradicional contraposición entre el concepto objetivo y el subjetivo de *defecto*».

que, en cambio, sí se explicitan en el art. IV.A.-2:302(f), cuando indica que los bienes entregados deben «possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect», con lo que se otorga un papel relevante a las expectativas del comprador, enfatizando el carácter subjetivo de la conformidad, no en el sentido de que el comprador pueda decidir según sus deseos si la cosa es o no conforme, sino que esos deseos conocidos por el vendedor constituyen un parámetro para decidir si hay o no cumplimiento¹⁹. Como dicen los comentarios a este artículo del DCFR, aunque las expectativas del comprador se hallan implícitamente contempladas en los apartados anteriores del precepto, «it emphasises the buyer's point of view by introducing the buyer's expectations as a separate, stand-alone implied requirement which the goods have to meet»²⁰.

La noción que ofrece el art. 1474 de la propuesta de la CGC remarca algunos elementos determinantes de la conformidad: la cantidad, la calidad y el tipo, así como el embalaje o envase de la cosa. Si se entrega una cosa que cumpla con estos parámetros, hay conformidad y, por consiguiente, cumplimiento; en caso contrario, hay incumplimiento. Y debe tenerse en cuenta que la conformidad no requiere imputación subjetiva al vendedor; al contrario, la falta de conformidad se caracteriza por su objetividad o, si se prefiere, neutralidad. Sin culpa hay igualmente falta de conformidad²¹, aunque no necesariamente el vendedor habrá de indemnizar los daños, pues puede concurrir una excusa al incumplimiento que exonere de responsabilidad (paradigma: el caso fortuito)²².

¹⁹ MORALES MORENO, «Adaptación», p. 124, señala que el primer criterio para decidir la conformidad «debe ser, sin duda, la autonomía de la voluntad». La relevancia de las expectativas del comprador la destaca LOOS, «Sales law in the DCFR», p. 19.

²⁰ Christian von Bar, Eric Clive (ed.), *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, München, 2009, vol. 2, p. 1286, comentario B al art. IV.A.-2:302.

²¹ Como dice MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, p. 30: «constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche». FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato» p. 70, por su parte, señala que «el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor». En la misma línea se orienta la CISG, en expresión de Markus MÜLLER-CHEN, art. 45, en Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, 2010³, p. 691, n.º 5: «Contrary to the interpretation of certain legal systems, the reason for his failure –whether it is that he cannot or does not wish to deliver, or that he performs deficiently either in quality or quantity– is irrelevant».

²² Pascal PISCHONNAZ, «L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les Principes du droit européen des contrats», en Franz Werro (dir), *L'eupéanisation du droit privé*, Fribourg, Suisse, 1998, pp. 180-181; Ulrich MAGNUS, «Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, pp. 264-266.

1. CONCRECIONES DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La noción general de falta de conformidad se concreta, en la mayoría de ordenamientos jurídicos y textos de convenios internacionales o de *soft law*, en una serie de supuestos que entrañan presunciones. Estas presunciones pueden ser tanto positivas como negativas, es decir, puede tratarse tanto de un elenco de presunciones de conformidad como de falta de conformidad. Mientras la DVC²³, el DCFR²⁴ e incluso el TR LGDCU²⁵ siguen un modelo de presunciones de conformidad, la CISG²⁶ y la propuesta de la CGC formulan presunciones de falta de conformi-

²³ Art. 2.2. «Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;

b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;

c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo;

d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».

La propuesta de directiva de derechos de los consumidores sigue la misma estela, con apenas variaciones de redacción. Con todo, la doctrina ha mostrado preocupación por un cambio, cual es que se había venido entendiendo que los criterios de conformidad de la DVC son cumulativos, y por contra el art. 24.2 de la propuesta de directiva utiliza la conjunción «o» [(c) son aptos para los usos a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo; o d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar]. Si realmente se trata de un cambio de criterio, la posición del consumidor resultaría sensiblemente debilitada, puesto que la DVC sólo requiere probar la concurrencia de uno de los criterios para que el bien no sea conforme. Véase Christian TWIGG-FLESNER, «Fit for Purpose? The Proposal on Sales», en Geraint Howells, Reiner Schulze (ed.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pp. 156-157; Marco LOOS, «Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», *European Review of Private Law*, 2010, pp. 25-27; Jules STUYCK, «The Provisions on Consumer Sales», en Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichy (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Munich, 2010, p. 29; Martin EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret 2/2010*, p. 24.

²⁴ Art. IV.A.-2:301: «The goods do not conform with the contract unless they:

(a) are of the quantity, quality and description required by the contract;

(b) are contained or packaged in the manner required by the contract;

(c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the contract; and

(d) comply with the remaining Articles of this Section». Para los comentarios, el DCFR intenta ser más directo estableciendo criterios de conformidad; véase el comentario A a este artículo en la p. 1293 de la *full edition*.

²⁵ Art. 116.1, con una redacción distinta a la que para el CC propone la CGC.

²⁶ Art. 35.2: «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 destinen 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;

dad. La elección entre uno u otro modelo es más una cuestión de estilo de redacción que de sustancia, ya que al cabo los resultados alcanzados son los mismos, si bien es obvio que sería preferible la misma redacción en ambos textos legales²⁷.

El art. 1475 de la propuesta de la CGC concreta los supuestos en que, salvando otra voluntad de las partes, se entiende que hay falta de conformidad:

- «1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor;
- 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador;
- 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso;
- 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador puede fundadamente esperar.»

Se realza con claridad el rol de la autonomía de la voluntad en la determinación de la conformidad, no sólo por la invocación de los pactos entre las partes en el inicio de este precepto, sino también por la llamada a la «descripción» realizada por el vendedor. Se conjugan criterios objetivos y subjetivos. Entre los primeros, hay que destacar las cualidades de la muestra o modelo presentados por el vendedor y el uso ordinario y las prestaciones habituales de un bien de esa clase²⁸; entre los criterios subjetivos, el uso especial requerido por el comprador que el vendedor haya admitido para ese bien y, en especial, la invocación final a las expectativas fundadas del comprador. La llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano²⁹, por ejemplo.

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».

²⁷ Aunque no deja de ser curiosa la opción de la CGC, por cuanto MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1634-1635, defendía que debía procurarse seguirse la DVC en la modernización del Código civil y en este punto se ha optado por la CISG.

²⁸ Para la SAP Alicante, sec. 8ª, de 18 de diciembre de 2009 (AC 2010/717), las ocho reparaciones documentadas de un vehículo en el plazo de un año y medio lo hacen inútil para la finalidad que le es propia, como es la de servir de medio de desplazamiento del actor.

²⁹ Recuérdese que el art. 7.1 DVC permita a los Estados miembros reducir el plazo de garantía a un año en el caso de la venta de bienes de segunda mano, opción que, entre otros, ha tomado parcialmente el legislador español al admitir que así lo pacten los interesados (art. 123.1 TRLGDCU). Esta es también la línea que sigue la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores en su art. 28.3. Con todo, probablemente el mismo

La conjunción de los arts. 1468 y 1479 de la propuesta de la CGC añade un nuevo criterio de conformidad: el suministro de los accesorios y de las instrucciones de instalación necesarias para el comprador, así como que la instalación sea deficiente³⁰ o cuando queda a cargo del comprador por un error en las instrucciones³¹. Con todo, el criterio, con ser inicialmente correcto, admite ulterior concreción, teniendo en cuenta la experiencia previa del art. 116.2 TR LGDCU, que literalmente dice que la instalación la ha llevado a cabo el consumidor o usuario. Este precepto puede compararse con el § 434(2) BGB, que no indica expresamente quién debe haberla realizado. Según Morales Moreno³², la legislación española respeta la normativa comunitaria. En cambio, Manuel Jesús Marín López³³ piensa que «la instalación puede llevarla a cabo él personalmente o un tercero; incluso un profesional». La proliferación de la venta de mobiliario para montar en grandes superficies (*do it yourself*) y de electrodomésticos diversos aconseja especificar que la falta de conformidad es independiente de si es el propio consumidor o no quien se ocupa del montaje, siguiendo con más exactitud el art. 2.5 DVC³⁴, y, en lugar de poner el énfasis en el

concepto de conformidad ya tiene en cuenta que los bienes sean de segunda mano, pues esta característica influye en las expectativas razonables del consumidor, como ha advertido TWIGG-FLESNER, «Fit por Purpose?», p. 173, y han señalado los comentarios B al art. 4:202, p. 195, y C al art. 4:202 de los *Principles of European Law. Sales*, prepared by Ewoud Hondius *et al.*, Munich, 2008, pp. 268-269.

³⁰ Antonio Manuel MORALES MORENO, «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 99/44 CE», en *id.*, *La modernización*, p. 184, considera que la instalación es defectuosa cuando impide obtener la utilidad de la cosa exigible conforme al contrato y a la ley y cuando provoca o puede provocar daños a la cosa vendida.

³¹ Véase MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1637, sobre la oportunidad de introducir este criterio de conformidad.

³² MORALES MORENO, «La conformidad», p. 187.

³³ Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, art. 116, en Rodrigo Bercovitz (coord.), *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1464.

³⁴ «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación». Este precepto no sufre cambios relevantes en la propuesta de directiva de derechos de los consumidores (art. 24.5), aunque Simon WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of “Full Harmonisation”», *European Review of Contract Law*, 2009, p. 241, entiende que la propuesta permite concluir que el hecho de que el vendedor no proporcione la información requerida referente a los mismos bienes vendidos constituiría también un supuesto de falta de conformidad. Que esta idea es generalizable a cualquier compraventa y no sólo a la de consumo lo demuestran los § 434.2 BGB («También resulta un vicio material si el vendedor o sus auxiliares en el cumplimiento llevan a cabo inadecuadamente el montaje convenido. También existe un vicio material en una cosa destinada al montaje si las instrucciones de montaje son defectuosas, salvo que la cosa sea montada correctamente»), § 217.5 de la Ley de Obligaciones de Estonia («The lack of conformity of a purchased thing arising from the incorrect installation of the thing is deemed to be equal to the

error en las instrucciones, otorgaría mayor juego referirse a la insuficiencia de las instrucciones, concepto en el que cabría en error, pero también la falta de datos suficientes e, incluso, la ausencia de instrucciones inteligibles.

Además, se podría pensar en otros criterios de conformidad que diversos países han introducido en su derecho interno, como por ejemplo la duración razonable de la vida útil del bien³⁵, el precio o la existencia de recambios o accesorios³⁶.

Todos estos criterios deberían interpretarse conjuntamente. Es decir, los criterios de la cantidad, calidad, tipo, embalaje e instrucciones, todos ellos meramente objetivos, deberían relacionarse con el diseño de la prestación vía las presunciones de conformidad y las expectativas razonables del acreedor, que permitirían colorearlos con un tinte subjetivo; los criterios adicionales de la vida útil razonable, el precio y los repuestos no serían sino otros colores añadidos a la paleta, para completar la gama cromática. Hay que insistir en que la clave radica en cómo diseñaron las partes la prestación y en qué podía razonablemente esperar el acreedor de la prestación efectivamente realizada; los criterios que introduce la propuesta de la CGC y los que aquí se sugieren no son más que herramientas que coadyuvan a la mejor comparación entre la prestación diseñada y la real.

2. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS

La conformidad o la falta de conformidad viene determinada, también, por las declaraciones públicas realizadas por terceros, salvo que el vendedor demuestre que desconocía y no se podía razonablemente esperar que conociera aquella declaración, o si había

lack of conformity arising from the thing if the installation was carried out by the seller or at the responsibility of the seller. This also applies if the thing is installed by the purchaser and the incorrect installation is the result of insufficient information provided by the seller with respect to installation of the thing», y el art. IV.A.-2:304 DCFR («Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if: (a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or (b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to a shortcoming in the installation instructions»). La cita del derecho estonio es pertinente por cuanto su Ley de Obligaciones fue preparada por Peter Schlechtriem, quien además de uno de los mayores especialistas en derecho alemán de obligaciones y contratos, fue miembro de la comisión redactora de los Principios Unidroit y uno de los mejores comentaristas de la CISG.

³⁵ Como posible antídoto, además, a la obsolescencia programada de los bienes de consumo.

³⁶ Véase Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER, Martin EBERS, *EU Consumer Law Compendium*, Munich, 2008, pp. 422-423. El considerando 40 de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores menciona expresamente las piezas de recambio.

sido corregida al tiempo de la conclusión del contrato o que no pudo influir en la decisión de comprar el bien. Esta previsión procede del art. 2.4 DVC, que la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores no altera, y que recoge el art. IV.A.-2:303 DCFR³⁷. En esta línea, el art. 1476 de la propuesta de la CGC dispone:

«Para determinar el uso, calidad y prestaciones se tendrán en cuenta las declaraciones públicas sobre las características de la cosa hechas por el vendedor, el fabricante, el importador o por cualquier otra persona que haya intervenido en la cadena de comercialización y, en particular, en la publicidad o el etiquetado.

El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas:

1.º Que no provengan de él si demuestra que las desconocía y el comprador no podía razonablemente esperar que las conociera.

2.º Que dichas declaraciones habían sido rectificadas al tiempo de la celebración del contrato.

3.º Que no pudieron haber influido en la decisión de comprar el bien.»

Parece, pues, que la propuesta se preocupa por limitar la vinculación del vendedor a las declaraciones públicas, de gran impacto en campañas publicitarias y de marketing³⁸. En todo caso, la carga de probar el desconocimiento o que no influyeron en el comprador pesa sobre el vendedor.

3. EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR EL COMPRADOR

De acuerdo con el art. 2.3 DVC, no existe falta de conformidad cuando al tiempo de la conclusión del contrato el consumidor conocía el defecto o no podía ignorarlo fundamentadamente, ni tampoco si tiene su origen en materiales suministrados por el comprador³⁹. Siguiendo su senda, establece el art. 1478 de la propuesta de la CGC:

³⁷ Véase, además, el art. 7:18 del Código civil holandés o el § 434.1 BGB, ejemplos de generalización a cualquier contrato de compraventa de la previsión de la DVC. No obstante, Jules STUYCK, «The Provisions on Consumer Sales», en Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichy (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Munich, 2010, p. 42, opina que a veces puede resultar inequitativo imponer responsabilidad al vendedor por declaraciones públicas hechas por un tercero con quien no guarda relación en la cadena comercial, sin que pueda alegar ni desconocimiento ni asumir los costos de corregir dichas declaraciones.

³⁸ MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1636.

³⁹ Proviene del art. 35.3 CISG y en términos parecidos se expresa el art. IV.A.-2:307 DCFR.

«Se considerará que no existe falta de conformidad si, al celebrarse el contrato, el comprador la conocía, o no podía fundamentadamente ignorarla o fuera imputable a directrices del comprador o a materiales facilitados por él con tal que el vendedor haya hecho las oportunas advertencias.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el vendedor haya prometido poner la cosa en conformidad.»

Con respecto a la DVC, la propuesta recoge dos matices indicados por Morales Moreno⁴⁰: en el caso del suministro de materiales por el comprador, el vendedor tiene el deber de advertirle de su inidoneidad, de modo que si cumple con ese deber, la falta de conformidad no le es imputable y, a la inversa, si ha detectado esa inidoneidad pero no la comunica al comprador, no deberá poder escudarse en este art. 1478 para eximirse de las consecuencias del incumplimiento; y la posibilidad del vendedor de prometer poner la cosa en conformidad, lo que al fin y al cabo no es sino una concreción del *right to cure*⁴¹ del deudor aplicado a este supuesto concreto.

La referencia que se contiene en los art. 1478 y 1489 de la propuesta de la CGC al comprador que «no podía fundamentadamente ignorar» o que «hubiera podido conocer» la falta de conformidad suscita alguna reflexión final, sobre la base de que siendo dicho criterio adecuado, abre la puerta a considerar el deber de inspeccionar los bienes. El art. 1478.I de la propuesta no hace sino incorporar el art. 2.3 DVC, pero nuevamente procede acudir a la propuesta de directiva de derechos de los consumidores, pues se observa una discordancia no menor entre las redacciones española e inglesa, pues si de acuerdo con la primera se excluye la falta de conformidad si el consumidor «cabía razonablemente esperar que (...) tuviera conocimiento de la falta de conformidad», la versión inglesa utiliza un verbo con connotación de deber: «should reasonably have been aware of, the lack of conformity». Si se impusiere la idea que cabe asociar al verbo «should», podría discutirse la existencia de una carga general de inspeccionar los bienes. En aras de la mayor claridad de las normas legales, valdría la pena dejar zanjada la cuestión. Con todo, no sería descabellado excluir la falta de conformidad cuando, aunque no hubiera deber de hacerlo, el comprador profesional decidiera examinar los bienes y en este examen previo hubiera podido descubrir el defecto, salvo que el vendedor hubiera asegurado que la cosa no tenía defecto alguno o que se comprometiera a subsanar el defecto, lo que sí contempla el art. 1478.II de la propuesta de la CGC.

⁴⁰ MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1636.

⁴¹ Véase Jonhatan YOVEL, «The Seller's Right to Cure a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions in the CISG and the PECL», disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906604.

4. ALIUD PRO ALIO Y FALTA DE CONFORMIDAD

Definida la falta de conformidad como la discrepancia entre la prestación diseñada o ideal y la prestación realmente llevada a cabo, puede argumentarse que la entrega de una cosa completamente distinta a la pactada no puede reputarse en puridad un supuesto de falta de conformidad, pues no se produce prestación defectuosa; no obstante, eso supone romper con un concepto unitario de incumplimiento. Por ello, algunos códigos civiles especifican que la entrega de una cosa distinta a la pactada constituye, también, falta de conformidad; así, por ejemplo, el § 434(3) BGB, según el que «se equipara a un vicio material la entrega por el vendedor de una cosa distinta», o el art. 7:17.3 del Código civil holandés. En esta línea se sitúa el art. 1474.II de la propuesta de la CGC: «La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». El DCFR rechaza la distinción entre cosa materialmente no conforme y *aliud*, sobre la base de la noción única de conformidad que cubre todos los supuestos, incluido el de la entrega de cosa completamente distinta a la pactada⁴². La práctica de la jurisprudencia española⁴³ de distinguir entre vicios y *aliud* aconseja una norma propedéutica que no deje dudas sobre la inclusión del caso del *aliud* en la noción de falta de conformidad como promueve la CGC⁴⁴, pues entregar una prestación completamente distinta a la diseñada es igualmente no realizar con corrección esta última.

5. CONFORMIDAD MATERIAL Y CONFORMIDAD JURÍDICA

Antes he destacado que el concepto de falta de conformidad pretende ser omnicomprendivo de cualquier modalidad de incumplimiento contractual. Ello permite incluir tanto la conformidad material, a la que hasta ahora se ha venido haciendo referencia,

⁴² *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario E al art. 2:201, p. 1275. De acuerdo con este planteamiento, Loos, «Sales law in the DCFR», pp. 19-20.

⁴³ Nieves FENOY PICÓN, «Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español», Madrid, 1996, pp. 195 ss. En la jurisprudencia, entre otras muchas, STS 4 de abril de 2005 (RJ 2700: entrega de vivienda con termitas que la hacen inhabitable) o 25 de febrero de 2010 (RJ 1406: entrega de vivienda con cimientos inidóneos que provocan grietas y fisuras que la hacen inhabitable). No obstante, obsérvese la SAP Córdoba, sec. 1ª, 1 de octubre de 2009 (JUR 39714): «La nueva ley (...) introduce el concepto de falta de conformidad, con la particularidad de que dentro de este se engloban no sólo los conceptos de vicio o defecto sino también el *aliud pro aliud* o prestación diversa».

⁴⁴ En la doctrina, por ejemplo MARCO MOLINA, «La garantía», p. 2301, considera que los defectos (conformidad) y el incumplimiento (*aliud*) subsisten como categorías distintas en la DVC.

cuanto la conformidad jurídica, es decir, la que todavía el Código civil vigente regula como evicción y saneamiento por vicios y gravámenes ocultos⁴⁵. El BGB anuncia que la cosa vendida tiene que estar libre de vicios materiales y jurídicos en el § 433(1), lo que después desarrolla en dos párrafos distintos (§ 434 los vicios materiales, § 435 los vicios jurídicos). En cambio, el DCFR no distingue y se limita a definir la compraventa sobre la base de la transmisión de la propiedad (art. IV.A.-1:202) y a enfatizar la obligación de entregar bienes conformes sin ulterior concreción (art. IV.A.-2:101), siendo luego en la sección dedicada a la conformidad donde trata de los derechos de terceros (art. IV.A.-2:305 y 2:306). No existe, pues, un modelo único en derecho comparado, y la decisión sobre un estilo de redacción u otro puede depender, en el caso español, del acento que se quiera poner en la novedad de la regulación en relación con la que se contiene en el Código civil.

Morales Moreno⁴⁶ ha ofrecido diversas razones para pasar de la evicción y el saneamiento por vicios y gravámenes ocultos a la falta de conformidad: que no proporciona una protección adecuada al comprador, puesto que tiene que esperar al resultado del proceso iniciado por el tercero para poder reclamar al vendedor; que la reclamación sólo repara parcialmente los daños sufridos; y su escasa aplicación en la jurisprudencia. Aunque la propuesta de la CGC distingue en su art. 1445 entre que los bienes han de ser conformes y «libres de derechos de terceros», la opinión del profesor Morales Moreno se ha reflejado en el art. 1490 de la propuesta, cuando dispone que «[s]i un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador, podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482», que son precisamente los remedios ideados para la falta de conformidad.

6. EL EXCESO DE CABIDA

Las normas a que hasta ahora se ha hecho referencia están todas ellas pensadas inicialmente para bienes muebles, pues tanto la CISG como la DVC o el DCFR sólo tienen como objeto los muebles, aunque su extensión a los bienes inmuebles en códigos civiles como el holandés o el alemán no ha planteado mayor problema. No obstante, en tema de cumplimiento, el vigente Código civil contiene una

⁴⁵ MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1613-1617; FENOY PICÓN, «El sistema de protección», pp. 72 ss.

⁴⁶ MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1645-1646.

regla específica cuando el objeto de la venta es un inmueble: la cabida. Se trata de los art. 1469 a 1471. Pues bien, los problemas relativos a la cabida de la finca son igualmente susceptibles de ser reconducidos a la noción de no conformidad. Morales Moreno ha afirmado que deben suprimirse los vigentes art. 1469 a 1472 del Código civil y aplicar a los defectos de cabida las reglas generales previstas para el incumplimiento y las especiales de la compraventa sobre falta de conformidad, para evitar un sistema distinto de acciones⁴⁷. En una línea similar se expresa el Código civil neerlandés, puesto que su art. 7:17.6 prevé que en la venta de inmuebles la declaración en cuanto a las dimensiones superficiales se presume meramente indicativa, sin que se exija la conformidad. No puede extrañar, pues, que la propuesta de la CGC opte por esta vía, y así su art. 1477 establece lo siguiente: «[s]i no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta, en la venta de inmueble no constituirá falta de conformidad de la cosa el que la cabida sea distinta de la expresada al contratar, pero sí lo será el que el vendedor no entregue todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada». La finca aparece delimitada por los linderos, y lo que se vende es la finca contenida en esos linderos, con independencia de la concreta cabida, por lo que no puede haber falta de conformidad, salvo que el vendedor no entregue toda aquella superficie comprendida entre los linderos, supuesto que coincide con la noción general de conformidad del art. 1474 de la propuesta, esto es, que la cosa entregada debe ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo. La referencia a la cabida, cuando se vende una finca en base a sus linderos, es meramente enunciativa.

Cosa distinta es que el inmueble se haya vendido con la expresión de una concreta cabida, en razón de un precio por unidad de medida, y la cabida real sea distinta de la expresada. En este caso, lo que procede no es aplicar los remedios para el caso de incumplimiento, sino simplemente reajustar el precio en función de la superficie exacta que se ha vendido. Esto es lo que propone la CGC en el art. 1448: «A salvo lo dispuesto en el artículo 1477, si la venta de un inmueble se hubiera hecho con expresión de su cabida en razón de un precio por unidad de medida y la cabida real fuera distinta de la expresada, podrá pedirse el reajuste proporcional del precio dentro de los seis meses siguientes al día de la entrega de la cosa. Cuando la cabida real excediera en una vigésima parte podrá el comprador, en dicho plazo, desistir del contrato, notificándolo al vendedor y éste podrá impedir dicho

⁴⁷ MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1633.

desistimiento aceptando sin demora que el incremento del precio no rebase la vigésima parte». Este último inciso intenta evitar el perjuicio del comprador si el aumento de precio es excesivo para él, de modo que se fija un límite del 20 por ciento, por encima del cual puede desistir del contrato, salvo que el vendedor acepte un incremento del precio que no supere dicho porcentaje, con independencia de la superficie real transmitida. El único pero que cabe objetar es la ubicación sistemática del artículo, separado del resto de los dedicados a la conformidad.

7. EL MOMENTO DE LA CONFORMIDAD

Otra cuestión a analizar es el momento en que debe apreciarse la conformidad y, por consiguiente, la responsabilidad por el incumplimiento del vendedor. En el modelo CISG, es el momento de la transmisión del riesgo, según resulta de su art. 36.1: «El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento». Lo mismo prevé el art. IV.A.-2:308 DCFR: «The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time»⁴⁸. Diversos códigos civiles reformados o recientes recogen esta misma solución: § 434(1) BGB, art. 458.1 Código de Obligaciones de Eslovenia, art. 218.1 Ley de Obligaciones de Estonia. En cambio, el art. 3.1 DVC no toma en consideración el momento de la transmisión del riesgo, sino que establece que «[e]l vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien»; sin embargo, el art. 25 de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores varía el criterio y se decanta igualmente por el momento de la transmisión del riesgo: «El comerciante será responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo se transfiera a éste». El art. 1481 de la propuesta de la CGC se orienta, como no podía ser menos, en esta dirección: «El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo a éste»⁴⁹. ¿Cuándo se produce la transmisión del riesgo? De nuevo

⁴⁸ Los comentarios lo justifican porque hasta ese momento los bienes están bajo el control del vendedor; véase *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. IV.A.-2:308, pp. 1310-1311.

⁴⁹ Al respecto, MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1634.

siguiendo las tendencias internacionales, el art. 1452 de la propuesta de la CGC prevé que el riesgo «corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa», y añade a continuación en el párrafo segundo que cuando el vendedor tiene que poner la cosa a disposición del comprador para que este la retire al establecimiento de aquel, «no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla»⁵⁰.

La norma sobre el momento de la conformidad suele ser precisada en el caso de las ventas de consumo. El art. 5.3 DVC dispone que «[s]alvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad»⁵¹. Esta norma se ha incorporado al DCFR (art. IV.A.-2:308), si bien los seis meses se cuentan desde el momento de la transmisión del riesgo; una norma que, por ejemplo, existe en el art. 7:18.2 del Código civil holandés. Con todo, hay que vigilar la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores, ya que la versión inglesa o la francesa –no la española, la alemana o la italiana– abandonan la redacción alternativa y pasan a otra cumulativa: «unless this presumption is incompatible with the nature of the goods *and* the nature of the lack of conformity»⁵². En el caso de los bienes que tienen que instalarse, el apartado (3) del art. IV.A.-2:308 matiza que los seis meses se cuentan desde que se completa la instalación, norma ausente tanto de la DVC como de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores. Loos⁵³ considera adecuado incorporar el criterio sugerido conjuntamente por las *Law Commission* inglesa y escocesa en el sentido de que esta presunción de que la falta de conformidad existía en los seis meses anteriores debería extenderse a los supuestos en que el vendedor vuelve a entregar la posesión después de reparar o sustituir la cosa vendida defectuosa. El legislador español debería tomar

⁵⁰ Para la justificación de esta norma, MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1634.

⁵¹ La jurisprudencia aplica con contundencia esta presunción a favor del consumidor. Por ejemplo, SAP Barcelona, secc. 13, 15 de diciembre de 2009, JUR 2010/108422: «corresponde al actor y/o al fabricante (art. 217 LEC) la prueba de que el uso fue incorrecto (la prueba de la culpa del demandado), para liberarse de su obligación de responder, por cuanto se presume el obrar correctamente (funcionó correctamente durante seis meses), lo que no puede quedar desvirtuado con el documento unilateral del servicio técnico, sin nada más que lo objetive» (automatismo de puerta que no funciona al accionar el mando); SAP Barcelona, secc. 13, 12 de marzo de 2008, JUR 2008/142595 (PDA cuyo conector no funciona); SAP Huelva 6 de mayo de 2008, JUR 2009/55893 (vehículo con avería); SAP Murcia, sec. 1ª, 8 de julio de 2010, JUR 296741 (vehículo con avería).

⁵² Véase LOOS, «Consumer Sales», p. 30.

⁵³ Loos, «Consumer Sales», p. 31.

nota de este criterio para completar, por lo menos a favor del consumidor, la regulación relativa al momento de la conformidad.

8. OTRAS NORMAS SOBRE CONFORMIDAD

Hay otras normas sobre conformidad en algunos de los derechos nacionales codificados o recodificados durante los últimos años que incitan a la reflexión. Por ejemplo, el art. 458 del Código de Obligaciones de Eslovenia advierte de que los defectos materiales insignificantes no deben ser tomados en consideración. Esta norma dice algo más que el art. 3.6 DVC y el art. 1486 de la propuesta de la CGC, según el cual el consumidor no puede recurrir a la resolución del contrato cuando la falta de conformidad tiene escasa importancia. La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores insiste en la misma idea, aunque la formula de manera negativa («El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia») en su art. 26.3. La generalización de esta norma a toda compraventa y comprendiendo todos los remedios y no solo la resolución podría disuadir de iniciar pleitos bagatela y aligerar la carga de trabajo de nuestros tribunales, si bien debe ponderarse que por su carácter abierto podría incitar las controversias sobre si el defecto es o no insignificante y no provocar el efecto deseado.

Por otra parte, de los § 436(2) BGB y 218.2 de la Ley de Obligaciones de Estonia se desprende la idea de que el vendedor no responde por falta de conformidad de los impuestos o tasas a que esté sujeta la cosa vendida cuya existencia ignorase.

IV. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN OTROS CONTRATOS O ACTOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA

La propuesta de la CGC introduce la noción de falta de conformidad en el Código civil sustituyendo las normas de saneamiento basadas en las antiguas acciones edilicias. Con todo, la propuesta de la CGC abraza sólo la teoría general de la obligación y el contrato y el contrato de compraventa, pero no otros contratos. Y, sin embargo, las normas de saneamiento actualmente vigentes aparecen en sede de donación (art. 638) y arrendamiento (art. 1553), además de la partición de herencia (art. 1069 y 1070). La propuesta pretende armonizar la regulación del Código civil mediante una «Disposición general. Disposición adicional» (*sic*) cuyo contenido

es el siguiente: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones segunda y tercera del Capítulo 111 (*sic*) del Título IV del Libro IV», esto es, a las reglas de la compraventa que se acaban de analizar. Por otra parte, el DCFR, cuando regula el contrato de servicios, trata también de la conformidad de la prestación. Por ello, parece necesario detenerse en las particularidades de la conformidad aplicada al arrendamiento, al contrato de servicios y a la donación, a la luz del contenido en la materia del DCFR.

1. EL ARRENDAMIENTO

El art. 1553 del Código civil remite a la compraventa en materia de saneamiento, con el único matiz de establecer en su segundo párrafo que «[e]n los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa»⁵⁴. La doctrina entiende que esta remisión lo es tanto al régimen de la evicción como de los vicios ocultos⁵⁵. Cámara Lapuente⁵⁶ ha destacado la rareza de esta norma en el derecho comparado, pues la mayoría de ordenamientos jurídicos más próximos contienen reglas *ad hoc* de mayor o menor detalle sobre el saneamiento en el arrendamiento, además de una cierta duplicidad con las normas que específicamente prevén la garantía del goce pacífico del arrendatario. A criterio de este autor, la remisión a las normas de la compraventa no es completamente inútil, sino que aporta las siguientes concreciones que no se alcanzan por entero aplicando

⁵⁴ Ya que presupone la inidoneidad total de la cosa arrendada, que es devuelta al arrendador quien a su vez reintegra el precio, esta norma podría plantear hoy un problema de coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia europeo en la sentencia *Quelle* (asunto C-404/06), puesto que entendió que «el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien». Ciertamente que la sentencia trata de compraventa, pero si pensamos en el supuesto del consumidor que alquila un vehículo durante las vacaciones y que debe ser sustituido por otro al cabo de dos días, la doctrina quizás podría también aplicarse.

⁵⁵ Luis Díez-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 2005⁹, p. 335; José Luis LACRUZ *et al*, *Elementos de derecho civil*, II-2^o, 4^a edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2009, p. 128. El profesor Díez-Picazo, con todo, alerta de las dificultades de la remisión en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV, Madrid, 2010, pp. 266-268.

⁵⁶ Sergio CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento de bienes muebles*, Cizur Menor, 2008, pp. 345-346.

sólo las normas locativas de garantía del goce pacífico: la reducción de la renta ante el surgimiento de los vicios ocultos irreparables o el saneamiento en caso de evicción con la garantía procesal de los arts. 1481 y 1482 del Código civil. Las concreciones que de ello derivan serían las siguientes: la obligación del arrendador de manifestar al arrendatario antes de concluir el contrato los vicios o defectos que tuviere la cosa, que se inferiría del art. 1484; la aplicabilidad de las normas de incumplimiento locativo que se manifiesten transcurridos los seis meses de la pretensión edilicia, siendo compatibles ambos remedios durante los seis meses de plazo, es decir, el arrendatario ante la presencia de vicios podrá optar por resolver el contrato abonando los gastos o rebajar proporcionalmente el precio del contrato; en caso de pérdida de la cosa por el vicio oculto, el régimen del saneamiento permite eludir la presunción de culpabilidad del art. 1563, con lo que se aplicaría el régimen de los arts. 1487 y 1488⁵⁷. En cuanto a la evicción, que supondría privar al arrendatario del goce total o parcial de la cosa en virtud de un derecho anterior de tercero por sentencia firme, tiene como primer efecto la restitución del precio con la matización que introduce el art. 1553.2; si la cosa es fructífera, cabe la condena a entregar los frutos y rendimientos, las costas del pleito y los gastos del contrato; y, finalmente, en caso que el arrendador obrara de mala fe, el arrendatario podrá exigir los daños y los gastos voluntarios o de puro ornato⁵⁸.

En contraposición, el DCFR ofrece unas reglas exclusivas de conformidad dentro del capítulo dedicado al arrendamiento de bienes muebles. Estas reglas de conformidad se refieren tanto al momento de la entrega de la cosa al arrendatario como durante la vigencia del contrato⁵⁹. La conformidad del bien arrendado en el momento

⁵⁷ De modo que si la cosa arrendada se pierde siendo los vicios conocidos por el arrendador, este sufre la pérdida y debe restituir el precio con disminución proporcional por el tiempo de goce y abonar los gastos del contrato más los daños y perjuicios; si no los conocía, debe restituir el precio con la mentada disminución proporcional y abonar los gastos; si la cosa viciada se pierde luego por caso fortuito o culpa del arrendatario, cabría solicitar una devolución proporcional de la renta avanzada o compensar parcialmente la cantidad que deba el arrendatario al arrendador por la pérdida de la cosa, y si el arrendador obró de mala fe, este deberá indemnizar los daños y perjuicios. Véase CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento*, pp. 350 ss.

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento*, pp. 356 ss.

⁵⁹ Como dice Kåre LILLEHOLT, «A European Law of Lease?», en Antoni Vaquer (ed.), *European private law beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, p. 60, «[t]he time aspect of the lease contract calls for additional rules on conformity of the goods during the lease period». Los comentarios al DCFR ofrecen dos argumentos para esta distinción: «First, the requirements concerning the condition of the goods are normally not exactly the same during the lease period as they are at the start of the lease period. This is obvious in contracts where the obligation to repair and maintain is shared between the parties. Even where the lessor is obliged to keep the goods in the original condition throughout the lease period, the lessee must normally tolerate some discrepancies due to ordinary wear and tear. Second, the remedies for non-performance can be influenced by differences in factual situations; during the lease period it is quite possible that non-confor-

inicial del contrato se regula en los arts. IV.B.-3:102 y 3:201, siguiendo básicamente el modelo de la compraventa⁶⁰. Se considera igualmente la falta de conformidad por la instalación incorrecta si se trata de contratos con consumidores, si la instalación corrió a cargo del arrendador o las instrucciones no eran apropiadas⁶¹.

La gran novedad con respecto al derecho español es la norma sobre conformidad durante la vigencia del contrato (art. IV. B.-3:104):

«(1) The lessor must ensure that throughout the lease period, and subject to normal wear and tear, the goods:

(a) remain of the quantity, quality and description required by the contract; and

(b) remain fit for the purposes of the lease, even where this requires modifications to the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply where the rent is calculated so as to take into account the amortisation of the cost of the goods by the lessee.

(3) Nothing in paragraph (1) affects the lessee's obligations under IV.B.-5:104 (Handling the goods in accordance with the contract) paragraph(1)(c).»

De acuerdo con este precepto, la conformidad debe garantizarse a lo largo del período de vigencia del contrato, salvo el deterioro normal de las cosas por su uso normal. Por ello, la cosa arrendada debe permanecer de la cantidad, calidad y descripción existentes en el contrato a lo largo de toda su duración y mantenerse adecuada para los usos acordados, habiendo de modificar el arrendador los bienes para ello si es necesario, pero sin olvidar el deber de conservación que compete al arrendatario, que no resulta afectado⁶². Esta obligación de

mity is caused by factors beyond the lessor's control and even by the lessor's non-performance». *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, com. A al art. 3:102, p. 1490.

⁶⁰ Así se advertía ya en los *PEL Lease of Goods*, prepared by Käre LILLEHOLT *et al*, München, 2008, comentario A al art. 3:102: «The rules are parallel to the rules on sales contracts».

⁶¹ «IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods Where, under a consumer contract for the lease of goods, the goods are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if:

(a) the goods were installed by the lessor or under the lessor's responsibility; or
(b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to shortcomings in the installation instructions».

⁶² Los comentarios a los *PEL Lease of Goods* (com. A.1 al art. 3:104, p. 175) señalaban que se optaba por una regulación «based on a mixed model where the obligations regarding maintenance etc. are distributed between the parties. The rules must be accompanied by a test of reasonableness, taking into account the circumstances of each case». Luego, los comentarios al DCFR remiten a los pactos entre las partes para resolver la cuestión de hasta dónde alcanza la obligación de conformidad que pesa sobre el arrendador

mantener la conformidad sólo se excepciona en el caso de que el precio del arrendamiento ya contemple la amortización del coste de los bienes. La garantía de conformidad se traduce en la facultad del arrendatario de exigir el cumplimiento de la obligación del arrendador (art. IV.B.-4:101) y de reducir la renta contractual (art. IV.B.-4:102⁶³, aunque no se concreta cómo debe calcularse esa reducción)⁶⁴. Pesa sobre el arrendatario la carga de notificar la falta de conformidad al arrendador; la inobservancia de esta carga supone que el arrendatario pierde el derecho a reducir la renta (apartado 3 del art. IV.B.-4:102).

La regulación que proporciona el DCFR permite la crítica de la propuesta de la CGC al simplemente remitirse a la regulación de la compraventa. Esa remisión es insuficiente, en particular porque no contempla la conformidad mientras está vigente el contrato y los remedios ante esa falta de conformidad sobrevenida, que en la compraventa, por no ser un contrato de tracto sucesivo, no se prevé. En realidad, se agradecería una regulación de nueva factura de todo el contrato de arrendamiento, pero, por lo menos, debe completarse esa exigua remisión con una regulación extensa de las peculiaridades del saneamiento (léase conformidad) en el contrato locativo.

2. EL CONTRATO DE SERVICIOS

El DCFR organiza la regulación del contrato de servicios en una parte general y diversos contratos particulares de servicios en una parte especial, con hasta seis concretos contratos⁶⁵. En la parte general, la conformidad con el contrato es nombrada, pero sin concretar su contenido. Por una parte, el art. IV.C.-2:104 se refiere a que las herramientas y materiales que utilice el prestador de servi-

y el de conservación del arrendatario. Véase *Draft Common Frame of Reference, Full edition*, comentario A al art. IV.B.-3:1204, p. 1499.

⁶³ «The lessee may reduce the rent for a period in which the value of the lessor's performance is decreased due to delay or lack of conformity, to the extent that the reduction in value is not caused by the lessee».

⁶⁴ Los *PEL Lease of Goods*, comentario E.14 al art. 4:101, p. 191, a falta de norma específica, remitan al hoy art. III.-3:601(1) DCFR, según el cual la reducción del precio debe ser proporcional a la disminución del valor de la prestación recibida en comparación con la prestación debida, señalando lo siguiente: «If the rent is agreed for certain periods, the agreed rent will normally indicate the proportionate reduction in value for periods where the goods have not been available. In other cases the reduction in value must be established using other criteria». Esto último presupone una buena dosis de arbitrio judicial, lo que resulta poco menos que inevitable cuando el arrendatario ha podido obtener sólo parcialmente las utilidades derivadas del uso (por ejemplo, quien alquila un equipo informático al que le falla el acceso a internet pero que desarrolla a la perfección el resto de aplicaciones; la reducción de la renta puede variar en función de la necesidad de uso de la conexión a internet por el arrendatario).

⁶⁵ Véase Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *InDret*, 3/2008, p. 3.

cios sean conformes con el contrato⁶⁶, y el art. IV.C.-2:110 se ocupa de la carga del cliente de notificar la «anticipated non-conformity»⁶⁷, esto es, de advertir al prestador de servicios de que no logrará cumplir su obligación, siempre, claro está, que se percate de ello.

Por consiguiente, debe acudirse a los contratos de servicios específicamente regulados para hallar qué se entiende por conformidad. Pues bien, en líneas generales la noción de conformidad es la misma. El servicio realizado debe cumplir objetivamente con los parámetros de cantidad, calidad y descripción indicados en el contrato; así resulta del art. IV.C.-3:104(1) en materia de contrato de construcción⁶⁸, 5:105(3) en materia de contrato de almacenamiento⁶⁹ y 7:105(1) en materia de contrato de asesoramiento⁷⁰. De nuevo la conformidad o no de la prestación se obtiene de la comparación entre la prestación real y la ideal según se acordó al concluir el contrato, tomando como parámetro de la comparación el resultado que espera obtener el cliente; de hecho, el art. IV.C.-3:104 se presenta oficialmente como una aplicación y concreción del art. IV.C.-2:106 que asienta la obligación de obtener un resultado como característica definitoria del contrato de servicios⁷¹.

⁶⁶ Según el comentario A a este artículo, en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1637, se trata de una «strict obligation to select tools, materials and other components of such quality as is needed to ensure that the result the client wishes to obtain through the service will actually be achieved». El subrayado se explica porque el comentario demuestra la objetividad de la conformidad de la prestación en base a las expectativas de un resultado acordado en el contrato de servicios.

⁶⁷ Esta carga deriva del deber de cooperación de las partes, pero los comentarios oficiales se apresuran a dejar claro que no se impone ninguna investigación al cliente sobre la actuación del prestador de los servicios, y se insiste en la vinculación entre conformidad y obtención del resultado proyectado en el contrato. Véase *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.C.-2:110, p. 1637.

⁶⁸ «The constructor must ensure that the structure is of the *quality and description* required by the contract. Where more than one structure is to be made, the *quantity* also must be in conformity with the contract» (énfasis añadido).

⁶⁹ «If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the same thing is returned, the storage of the thing does not conform with the contract if the thing which is returned is not in the same *condition* as the thing which was handed over for storage, or if it is not of the same *kind, quality and quantity*, or if ownership of the thing is not transferred in accordance with paragraph (6) of IV. C. – 5:104 (Return of the thing stored)» (énfasis añadido). El comentario A (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1823) insiste en la idea ya reseñada: «The present Article (...) implies an obligation of result».

⁷⁰ «The provider must provide information which is of the *quantity, quality and description* required by the contract» (énfasis añadido). De acuerdo con el comentario A (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1905), salvo que se especifique como mera obligación de medios, será de resultado.

⁷¹ El art. IV.C.-2:106 dispone lo siguiente: «The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:

(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and

(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service». Pues bien, como decíamos en el texto, el comen-

Además, se tienen en cuenta las legítimas expectativas de la parte. Así se establece para el contrato de construcción en el art. IV.C.-3:104(2). Por un lado, lo construido debe ser idóneo para aquellos fines particulares para los que se usaría una construcción del mismo tipo. Pero, además, debe ser idóneo para el fin concreto que de manera expresa o implícita el cliente haya hecho saber al constructor en el momento de la conclusión del contrato o en el momento de introducir alguna modificación contractual de acuerdo con el art. IV.C.-2:109. De manera similar, para el contrato de almacenamiento se prevé que existe falta de conformidad cuando la cosa no se devuelve al cliente en el estado que este podía razonablemente esperar [art. IV.C.-5:105(2)]. Se combina de este modo, pues, un enfoque objetivo (la cantidad, la calidad, la descripción, el tipo) con otro subjetivo (las expectativas razonables del cliente).

Este cuadro se completa con la invocación que efectúa el art. IV.C.-6:104(1) al resultado prometido dentro de la regulación del contrato de diseño. En efecto, dispone este precepto que «[t]he design does not conform to the contract unless it enables the user of the design to achieve a specific result by carrying out the design with the skill and care which could reasonably be expected». En este contrato, las expectativas del cliente se objetivizan hasta llegar al resultado: sólo hay conformidad y, por tanto, cumplimiento, si el diseño permite alcanzar un resultado específico, aunque a la vez se invoque la diligencia («skill and care»)⁷².

Sólo en el contrato de tratamiento médico⁷³ y en el de *processing* no se observa referencia alguna a la conformidad. Ahora bien, por lo que a este último se refiere, la misma idea puede hallarse subyacente. En efecto, el art. 4:105 prevé la facultad del prestador de servicios de devolver la cosa si tiene el servicio por «sufficiently completed», pese a lo que el cliente puede rechazar la devolución «when the thing is not fit for use in accordance with the particular purpose for which the client had the service performed». Es claro que, aunque no se use expresamente el término «conformidad», su concepto late en este texto legal, pues la conformidad, como ya se

tario A al art. IV.C.-3:104 precisa que este precepto «is a specific application and refinement of IV.C.-2:106 (...). The client may expect that the result will be achieved» (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1717). A continuación, se indica que la responsabilidad por la calidad del resultado es objetiva (comentario B y, en particular, comentario D), sin que el cliente tenga que preocuparse por el proceso seguido por el prestador, salvo que observe anticipadamente la idoneidad, supuesto en que hay que tener en cuenta el art. IV.C.-2:110 contemplado *supra* en la nota 66.

⁷² Si bien el prestador del servicio no será responsable si la falta de conformidad se debe a las instrucciones proporcionadas por el cliente, matiza el apartado (2) de este art. IV.C.-6:104.

⁷³ En el que se habla de una obligación de «skill and care» en el art. IV.C.-8:104.

ha indicado, supone la idoneidad de la prestación realizada («fit for use») en relación con la prestación diseñada teniendo en cuenta las expectativas legítimas del cliente. Por lo tanto, también en el contrato de *processing* rige la conformidad como medida del cumplimiento del prestador de servicios.

¿Puede concluirse que en el DCFR la conformidad es un criterio general de valoración de la prestación en el contrato de servicios que se diseña? La respuesta, a pesar de cuanto se ha dicho hasta ahora, suscita la duda. Puede afirmarse que sí por lo menos en todos los supuestos en que el prestador de servicios se obliga a obtener un determinado resultado, obligación que, en el sistema del DCFR, se presume para todo contrato de servicios, salvo que otra cosa resulte de los pactos entre las partes o del concreto tipo contractual. Prueba de ello es que se alude como criterios de conformidad a la especie, a la cantidad, a la calidad o a la descripción de la prestación, ideas que sólo encajan con un resultado, y las más de las veces con un resultado tangible o mensurable, incluido el supuesto del asesoramiento⁷⁴. Y justamente aquí radica la dificultad, pues cabe que las partes hayan configurado el contrato de servicios como de mera actividad, que la prestación lo sea de medios⁷⁵. Si así ocurre, el prestador de servicios se obliga simplemente a realizar una actividad diligente («skill and care»), como en el caso del tratamiento médico, y esa pretendida objetividad de la conformidad se desvanece. Por supuesto, cabría referir la conformidad a la apreciación de la diligencia exigible, entendiendo que el resultado lo constituye el mismo tratamiento aplicando los conocimientos periciales exigibles, es decir, que en definitiva todo servicio supone un resultado, aunque este sea la misma prestación del servicio de acuerdo con la corrección profesional esperable⁷⁶.

⁷⁴ Por ejemplo, en un contrato de asesoramiento por un *broker*, si se alcanza la rentabilidad prometida; en el contrato con un analista de costes, si se consigue la disminución de gastos estipulada; en el contrato con un asesor jurídico, si la información que proporciona sobre el derecho urbanístico de tal conurbación de un determinado país es correcta.

⁷⁵ Sobre si el contrato de servicios en el DCFR supone siempre un resultado o no, compárense las aportaciones con conclusiones distintas de BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», pp. 13 ss; Carmen VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Madrid, 2009, pp. 464 ss (tratando sobre los PEL Services y no todavía sobre el DCFR); Thomas KADNER GRAZIANO, «Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference», en Reinhard Zimmermann (ed.), *Service Contracts*, Tübingen, 2010, pp. 67 ss.

⁷⁶ En esta misma idea incide el profesor Antonio Manuel MORALES MORENO en un trabajo inédito que muy amablemente me ha facilitado («Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros»), con contundencia: «La utilización de la noción de culpa, entendida de modo objetivado y normativizado (conforme a las reglas del modelo de conducta exigible), no nos impide afirmar que en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato. Lo cual, visto desde la prestación significa, objetivamente, la falta de conformidad

El derecho español no contiene normas sobre conformidad en el contrato de servicios. Incluso el anteproyecto de Ley por el que se modificaba la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obras seguía refiriéndose a los «vicios y defectos» en el art. 1594⁷⁷, por lo que en este sentido no innovaba el todavía vigente art. 1591 CC; y también la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, mantiene los vicios como base en su art. 17. El anteproyecto de modernización no contempla la sustitución del régimen de los vicios constructivos por el de la conformidad a semejanza de cuanto ocurre con el término «saneamiento», ni una regulación homologable del contrato de servicios. De este modo, entre la ardua tarea que corresponde a la Comisión General de Codificación, está la de actualizar la regulación del contrato de servicios y decidir si la conformidad, como sería deseable, deviene también aplicable al contrato de servicios.

3. LA DONACIÓN

El DCFR configura a la donación como un contrato⁷⁸. Esta es la concepción mayoritaria también en la doctrina y jurisprudencia españolas. A pesar de ello, la regulación del saneamiento en la donación es harto distinta de la del contrato de compraventa. El art. 638 del Código civil advierte de que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuera onerosa. Por consiguiente, el donante no responde de los vicios ocultos ni, en terminología más moderna, de la falta de conformidad de los bienes donados, si bien el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que pudieran corresponder al donante. Por consiguiente, es el donatario quien debe defenderse ante la evicción, sin que pueda llamar a la causa al donatario –salvo el caso del dolo del donante–, aunque el donatario está legitimado para solicitar al donante que le facilite los documentos y demás medios probatorios en los que sustentar

del servicio. Indica, igualmente, que no se ha producido el resultado (separable de la conducta del deudor), buscado por el acreedor: el resultado de la obtención (inmaterial) de una prestación correcta del servicio. ¿Por qué no hemos de llamar resultado a la prestación correcta del servicio?»

⁷⁷ Merece destacarse que López y López planteaba, al analizar el texto del anteproyecto, sus dudas por la radical distinción entre obligaciones de medios y de resultados, enfatizando que dicha distinción no resulta necesaria para definir las prestaciones de los profesionales en régimen de dependencia, que a su parecer constituyen el núcleo del arrendamiento de servicios actual, y porque las prestaciones de medios incluyen la obtención de determinados resultados, igual como alcanzar resultados presupone la diligencia en la actuación del prestador de servicios. Véase Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», en José González García (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, 1996, p. 35.

⁷⁸ Al respecto, Antoni VAQUER ALOY, «La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, 2010-III, pp. 1323 ss.

tales derechos y acciones⁷⁹. La razón estriba en que en el Código civil, las normas sobre saneamiento son propias de los contratos onerosos y, por consiguiente, no tienen aplicación a los actos gratuitos como la donación⁸⁰. Señalado esto, es evidente que, en virtud de la autonomía de la voluntad, el donante unilateralmente, o de acuerdo con el donatario, puede obligarse a sanear, sólo en caso de evicción o de vicios ocultos, o en ambos, aplicándose en tal caso las normas previstas para la compraventa. Así lo ha reconocido la STS 24 de septiembre de 1991⁸¹, utilizando como argumentos no sólo la autonomía de la voluntad, sino el hecho de que el art. 638 del Código civil «no impide que la obligación de saneamiento pueda acompañar a donación distinta a la onerosa». Ahora bien, en todo caso, si el donante conocía la existencia de los vicios deberá indemnizar al donatario por los daños y perjuicios causados (pero no por el valor de los bienes donados), como expresamente dispone ahora el art. 531-13.2 CCCat para el mismo supuesto y admite la doctrina española en relación con el Código civil español⁸². Por lo que se refiere al fundamento de esta responsabilidad, dos son las opciones posibles: que se trate de un supuesto de saneamiento sin otra particularidad, o que se configure como un caso de responsabilidad extracontractual. No se trata de una mera disquisición dogmática, sino que tiene importantes repercusiones prácticas, de manera destacada en materia de prescripción de la acción. A favor de otorgarle el trato del saneamiento por vicios ocultos se presenta el argumento literal, pues el art. 638 CC habla expresamente de «sanear»⁸³, y se mencionan los supuestos de evicción y de vicios ocultos. Sin embargo, las normas de saneamiento, como hemos advertido antes, son propias de los contratos onerosos, y la donación pura no tiene como causa la onerosidad (la donación modal tiene su propio régimen de responsabilidad por vicios del que no vamos a

⁷⁹ Manuel ALBALADEJO, Silvia DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006 p. 252; LACRUZ/RIVERO, *Elementos*, II-2, p. 97; Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2007, p. 208; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, II, p. 313.

⁸⁰ María Rosa LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pp. 89 ss; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV, p. 226. Lo mismo vale para el Código civil de Cataluña, cuyo art. 513-13.1 establece que los donantes no responden de los vicios ocultos de los bienes donados; véase Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 3ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 84-85.

⁸¹ RJ 6061. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 343-345; José Manuel LETE DEL RÍO, Javier LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, II, Cizur Menor, 2006, p. 299.

⁸² ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 340 ss; LACRUZ/RIVERO, *Elementos* III-2º, p. 97; ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, p. 208; José Luis DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 273. Véase, además, el art. 1340 CC sobre responsabilidad por evicción o vicios ocultos en la donación por razón de matrimonio en caso de mala fe (al respecto, Ana S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, Granada, 2006, pp. 222 ss).

⁸³ Lo mismo el apartado 3 de este art. 531-13 CCCat.

ocuparnos aquí). Tratándose de saneamiento por vicios ocultos, el remedio típico, la acción *quantum minoris* (art. 1486 CC), se presenta absolutamente inapropiada para un acto a título gratuito. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón⁸⁴ se refieren a la *responsabilidad precontractual* del donante. Aunque en la donación transmisiva la referencia a la responsabilidad *precontractual* parece poco adecuada, lo cierto es que nos sitúa en la senda del derecho de daños, que creemos que es la acertada. Entendemos, en este sentido, que la redacción del apartado 2 del art. 531-13 del Código Civil de Cataluña es reveladora, puesto que simplemente establece que el donante deberá indemnizar al donatario de buena fe por los perjuicios que éste ha sufrido⁸⁵. En definitiva, la obligación de indemnizar se reduce en los derechos civiles españoles a los daños efectivamente sufridos como consecuencia de la donación, sin que alcance al lucro cesante⁸⁶.

El planteamiento de partida del DCFR es distinto. Existe una norma específica sobre conformidad en la donación. Se trata del art. IV.H.-3:102, que dispone lo siguiente:

«(1) The goods do not conform with the contract if they do not possess the qualities which the donee could reasonably expect unless the donee knew of the lack of quality or could reasonably be expected to have known of it when the contract was concluded.

(2) In determining what qualities the donee could reasonably expect, regard is to be had, among other things, to:

- (a) the gratuitous nature of the contract;
- (b) the purpose of the contract of donation known by, or obvious to, the donee;
- (c) whether the transfer or delivery of the goods was immediate;
- (d) the value of the goods; and
- (e) whether the donor was a business.

(3) The goods do not conform to the contract if they are not of a quantity, quality or description provided for by the terms of the contract.»

⁸⁴ Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, p. 313. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 342-343, admite, por su parte, que esta responsabilidad puede tener distintas fuentes, que habrá que determinar en cada caso, lo cual condicionará el régimen jurídico de esa responsabilidad en el supuesto concreto. Véase, además, De los Mozos, *La donación*, pp. 273-274.

⁸⁵ Véase ANTONI VAQUER ALOY, comentario al art. 531-13 del Código Civil de Cataluña, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, III, Barcelona, 2008, pp. 309-310.

⁸⁶ El art. 531-12.2 CCCat señala expresamente que el donante que entrega bienes defectuosos a sabiendas debe indemnizar «los perjuicios sufridos», por consiguiente, sólo el daño emergente, sin que se amplíe al posible lucro cesante. La misma solución en la doctrina española: LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, p. 299.

Sobre la base de que la donación es un contrato y que, por consiguiente, vincula a las partes como cualquier otro contrato, entre sus efectos jurídicos se incluye la obligación de entregar bienes conformes⁸⁷. Hay que partir, pues, de que el donante responde de la conformidad de los bienes donados. Sin embargo, una primera lectura de este precepto y su comparación con los arts. IV.A.-2:301 y 302 sobre la conformidad en la compraventa, por su distinta redacción, permite sospechar que el régimen de la conformidad no es el mismo, sino que se ha dulcificado. Así, se indica en los comentarios que hay una separación consciente del régimen de la conformidad en la venta y que, «in particular, no general rule for fitness for purpose was formulated, because a donee may not usually expect the fitness of goods donated for purposes he or she made known unilaterally»⁸⁸. El concepto clave es el de las cualidades que razonablemente podía esperar el donatario; si esas cualidades no las reúne el objeto donado, el donante será responsable por falta de conformidad, pero teniendo en cuenta que dichas cualidades están condicionadas por la gratuidad de la donación, es decir, que las expectativas del donatario en cuanto al bien donado son menores que las del comprador sobre el bien comprado.

Esta solución que presenta el DCFR debe contemplarse desde dos perspectivas. La primera es que recurre a un concepto indeterminado con tinte subjetivo, lo que supone que deban aplicarse las normas que contiene el propio DCFR sobre interpretación e integración del contrato. La segunda es que el mismo precepto ofrece una lista de aspectos a considerar en el momento de valorar cuáles eran las expectativas razonables sobre las cualidades de los bienes. Y esta enumeración permite colmar algunas lagunas que resultarían de la comparación entre la regulación de la conformidad en la donación y en la compraventa.

Así, en primer lugar hay que tener en cuenta el carácter gratuito de la donación. Esta es, y no el que no se diga expresamente que los bienes deben ser «fit for purpose» como en la compraventa, la verdadera razón de la modulación de la responsabilidad del donante por falta de conformidad de los bienes. No es razonable que quien transmite gratuitamente responda igual que quien obtiene

⁸⁷ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:101, p. 2835. De este modo, la conformidad deja de ir ligada a la onerosidad. Sobre esto, aunque escribiendo antes de la publicación del DCFR, María Rosa LLÁCER MATA CÁS, «La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento “no conforme”: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», en E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pp. 471 ss.

⁸⁸ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:102, p. 2839. Véase también Martin SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of contract law: Donation in European Private Law», en VAQUER, *European private law beyond*. p. 89.

una contraprestación, puesto que las expectativas que ello crea en el donatario son, en principio, menores.

El segundo criterio es el del propósito perseguido con la donación. La diferencia con la compraventa es sustancial: el bien no debe ser idóneo para el propósito, sino que este propósito únicamente debe tenerse en consideración; ese propósito debe ser conocido o notorio⁸⁹; y no se trata del propósito que perseguía el donatario, es decir, que este criterio no actúa siempre en beneficio del donatario⁹⁰.

El tercer criterio es el del tipo de donación, esto es, si se trata de una donación obligacional o de una donación manual, pues aunque la donación tal como la regula el DCFR tiene un carácter estrictamente contractual, eso no significa que no se admita otros tipos de donación, entre los que destaca la donación manual, cuya existencia se reconoce expresamente. En este segundo supuesto, la cosa se entrega inmediatamente, por lo que el donatario la tiene en su poder y puede hacerse inmediatamente una idea cabal del bien donado y, si así lo prefiere, no aceptar la donación, lo que justifica un régimen más benévolo de conformidad.

En cuarto lugar, hay que tomar en consideración el valor de los bienes, porque las expectativas de quien recibe un bien cuyo valor de mercado es elevado, o si es nuevo y no de segunda mano, son mayores que si se trata de bienes de precio bajo o ya usados.

Finalmente, un último criterio es el carácter con que actúa el donante: si es un empresario [art. IV.H.-2:102(b)], la exigencia es mayor, lo que se justifica porque se trata de una persona experta y porque habitualmente esa donación perseguirá fines promocionales. Este criterio permite considerar aplicables algunos de los elementos de la conformidad en la compraventa. Por ejemplo, los apartados (d) y (e) del art. IV.A.2:302 exigen para la conformidad de los bienes que estén empaquetados de la manera usual o de la manera necesaria para la adecuada preservación de los bienes y que estos vayan acompañados de sus accesorios e instrucciones de instalación y uso, exigencia que no está prevista en general en sede de donación, pero que hay que entender incluida en el caso del donante empresario.

En uso de la autonomía contractual, las partes son libres de aumentar los estándares de conformidad. De ahí que el apartado (3) del art. IV.H.-3:102 prevea que no habrá conformidad si los bienes no se adecuan a la cantidad, calidad y descripción contenidas en el contrato. Ese pacto debe quedar claro en la donación, de otro modo el estándar de conformidad deberá resolverse de acuer-

⁸⁹ Recuérdese que, para el caso de la compraventa, el art. IV.A.-2:302(f) dispone que los bienes deben poseer las cualidades que el comprador razonablemente podía esperar.

⁹⁰ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. IV.H.-3:102, p. 2840.

do con los criterios de los apartados (1) y (2). Con lo que, entonces, regresamos a los criterios objetivos vistos en la compraventa, el arrendamiento y los servicios.

El donante sólo dejará de ser responsable por falta de conformidad cuando el donatario conociera o debiera haber conocido el defecto de calidad al tiempo de la perfección de la donación. Esta es una excepción que puede oponer el donante, pero obviamente la carga de la prueba del conocimiento por el donatario del defecto pesa sobre él.

Además, el DCFR incluye una norma sobre derechos de terceros sobre la cosa donada. Se trata del art. IV. H.-3:103, cuyo contenido es el siguiente: «The goods do not conform with the contract if they are not free from any right or reasonably well founded claim of a third party unless the donee knew or could reasonably expected to have known of the third party's right or claim». Se trata de una concreción de la falta de conformidad para recalcar que comprende, también, la conformidad jurídica: los bienes donados no son conformes si no están libres de derechos o pretensiones de terceros. La expresión es lo suficientemente amplia para englobar no sólo el tercero que se pretende propietario del bien donado, sino cualquier otra persona que alega ser titular de un derecho real o de crédito sobre el bien. En la línea de los conceptos abiertos de difícil concreción, no cualquier pretensión determina la falta de conformidad, sino únicamente aquella que esté «razonablemente bien fundada», es decir, que tenga visos objetivos de prosperabilidad⁹¹. El tiempo al que hay que referir la falta de conformidad es el de la entrega de la cosa donada, pues cabe (cf. art. IV.H.-1:102) que el donante se obligue a donar una cosa que aún no es de su propiedad. No habrá responsabilidad del donante si el donatario sabía o podía esperarse razonablemente que conociera la situación de los bienes. Con ello, se diseña un marco de la responsabilidad por evicción más que semejante al de la compraventa, si bien por la vía de los criterios de conformidad y de los remedios de que dispone el donatario se configura al fin y al cabo un régimen mucho más benigno para el donante acorde con la gratuidad de la donación.

En conclusión, el Código civil español afronta de manera muy distinta la responsabilidad del donante por vicios ocultos de los bienes donados, con lo que la diferencia con la propuesta del DCFR es sustancial. En este, la falta de conformidad es contenido de la regulación del contrato de donación, mientras que como norma en el

⁹¹ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:103, p. 2842. Pero luego en el comentario B, p. 2843, se advierte que, pese a que la pretensión carezca de fundamento, si el donante la conocía y no reveló tal circunstancia al donatario, puede ser constitutiva de una actuación contraria a la buena fe y a la honradez de los tratos (art. I.-103), con lo que podría ser fundamento de responsabilidad.

Código civil español el donante no responde del saneamiento. Sólo se acorta la distancia que separa el DCFR y el derecho español mediante el juego de la libertad de pactos para hacer más estricto el régimen de responsabilidad del donante por las cualidades de los bienes donados. Otra cosa es el resultado final a nivel de responsabilidad del donatario, puesto que se limita el derecho a exigir el cumplimiento forzoso de manera notable, excluyendo la reparación y la sustitución del bien donado (art. IV.H.-3:202)⁹² y la indemnización de los daños y perjuicios (arts. IV.H.-3:204 y 3:205)⁹³.

V. CONCLUSIONES

El anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones preparado por la CGC da un paso en la dirección correcta de generalizar, primero, el concepto de incumplimiento y, segundo, como consecuencia ineludible una vez este ha sido definido como cualquier supuesto de realización inexacta de la prestación, la

⁹² «IV. H. – 3:202: Restricted right to enforce performance

(1) If the goods do not conform with the contract, the donee may not require replacement or repair under III. – 3:302 (Enforcement of nonmonetary obligations).

(2) The donee may not enforce performance under III. – 3:302 (Enforcement of non-monetary obligations) in the case of goods which are to be acquired by the donor».

⁹³ «IV. H. – 3:204: Exclusion of the right to damages in case of impediment

(1) A donee's right to damages is excluded if the donor's non-performance is due to an impediment and if the donor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) paragraphs (3) and (5) apply correspondingly.

(3) In determining what impediment or consequences the donor could reasonably be expected to have avoided or overcome regard is to be had to the gratuitous nature of the contract.

(4) This Article does not affect liability under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).

IV. H. – 3:205: Measure of damages

(1) Damages cover loss suffered by the donee acting in the reasonable belief that the donor would fulfil the obligations.

(2) A supplementary sum of damages may be awarded by the court if it is seen as just and reasonable in the circumstances.

(3) In determining what is just and reasonable under paragraph (2), regard is to be had, among other things and apart from the gratuitous nature of the contract:

(a) the declarations and acts of the parties;
 (b) the donor's purpose in making the donation; and
 (c) the reasonable expectations of the donee.

(4) The total amount of damages under this Article may not exceed such a sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the donor's obligations under the contract had been duly performed.

(5) This Article does not affect liability under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).»

noción de conformidad como elemento determinante de la existencia de cumplimiento. El paso es, sin embargo, insuficiente. Ello no se debe a que el concepto de incumplimiento que se introduce en el art. 1188 olvida la conformidad, aparte de ofrecer una redacción no suficientemente completa. El problema radica en que la conformidad se regula con detalle únicamente dentro del contrato de compraventa, y se pretende, sin más matices, su sustitución por el concepto de saneamiento allá donde este está actualmente presente (donación, partición de la herencia, arrendamiento), lo que, si bien pone de manifiesto el referido afán generalizador, provoca algunos desajustes. Por otra parte, con este sistema de sustitución de términos se evita tratar la conformidad en el contrato de servicios –*recitius*: no sustituye la regulación de los vicios constructivos por la noción de conformidad–, lo que supone un paso atrás. Ciertamente, la opción por la conformidad en los contratos de servicios plantea mayores complejidades, puesto que la conformidad encuentra su acomodo más perfecto cuando el obligado debe alcanzar un determinado resultado; por ello, se agradecería una regulación de nueva factura del contrato de servicios en que se apostara por entender que toda actividad supone un resultado, lo que permitiría introducir la conformidad como criterio determinante del cumplimiento también en esta modalidad contractual. Y es que el nudo gordiano se encuentra en la parcialidad de la modernización propuesta por la CGC, que no afecta todo el derecho de obligaciones y contratos sino solo una parte de él, por más que afecte a su núcleo duro. Sólo cabe esperar que, sin prisas pero sin pausas, la CGC culmine su labor modernizadora extendiéndola a todo el derecho de obligaciones y contratos procurando la unidad de régimen jurídico del cumplimiento y del incumplimiento, con las adaptaciones que resulten necesarias a cada contrato –según si es oneroso o gratuito, instantáneo o de tracto sucesivo–, y procurando la homogeneización con el TR LGDCU, en este camino orientado necesariamente a convertir la conformidad en un concepto general del derecho contractual.

